

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

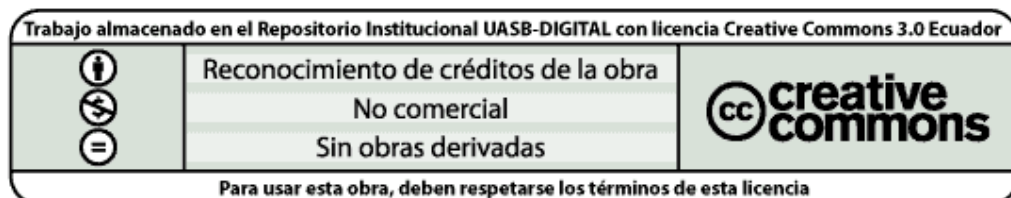
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional

**Ponderación de derechos en la aplicación de subsidiaridad en
materia de niñez y adolescencia**

Juan José Bernal Brito

Quito, 2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Juan José Bernal Brito, autor de la tesis intitulada “Ponderación de Derechos en la Aplicación de Subsidiaridad en Materia de Niñez y Adolescencia”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 6 de Enero de 2016.

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

AREA DE DERECHO

MAESTRÍA INTERNACIONAL EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**Ponderación de derechos en la aplicación de subsidiaridad en materia de
niñez y adolescencia**

Autor: Juan José Bernal Brito

Tutora: Dra. PhD. Claudia Storini

Quito

2015

RESUMEN

En el Ecuador en los últimos años, se han planteado un sin número de juicios en materia de Niñez y Adolescencia referente a pensiones alimenticias, algunos de ellos a los obligados subsidiarios, es decir a terceros obligados en razón del parentesco que tienen con el menor, bajo esta perspectiva y haciendo uso del interés superior del menor, se han resuelto en su gran mayoría, fijar una pensión a estas personas sin excepción alguna.

El presente trabajo de investigación supone un análisis de lo que implica el interés superior del niño, de dónde proviene, cómo se encuentra regulado internacionalmente, así como también de qué trata la figura de subsidiaridad en materia de niñez y adolescencia, y que implicaría una adecuada ponderación entre los derechos del menor y los derechos de los subsidiarios.

Este trabajo además, tiene por objeto realizar un análisis a base de un estudio empírico, sobre resoluciones emitidas por jueces de la ciudad de Cuenca, para verificar en base a qué criterios o de qué forma se ponderan derechos, para dar una adecuada solución a estas controversias, y comprobar de esta manera, si con un afán protector por parte del juez hacia el interés del menor, lo cual la ley faculta, se deja de lado derechos de igual jerarquía de los obligados subsidiarios e incluso de sus familias.

A mis padres,

*Quienes con su ejemplo como profesionales y seres humanos,
son y serán siempre, fuente de inspiración de mi esfuerzo y motivación diaria*

A mi hermana

Quien con esfuerzo y perseverancia verá cristalizados sus sueños.

Agradecimientos

*A mi familia, Patricio, Janeth, Analíz e Inés,
Quienes con su apoyo he infinito cariño, han incentivado siempre, mi formación como
profesional.*

*María Emilia Vázquez Coronel.
Quien caminó junto a mí con firmeza,
paciente compañera de inigualables sentimientos.*

*Dra. PhD. Claudia Storini
Maestra, tutora y amiga, quien con su tiempo y dedicación, hizo posible la
culminación de este proyecto académico.*

*Un agradecimiento especial al Dr. PhD. Cesar Montaña y a quienes fueron mis
profesores del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador, quienes con su vasto conocimiento, contribuyeron en mi formación como
constitucionalista*

*Un especial reconocimiento y agradecimiento a mis queridos compañeros de
maestría, quienes con su apoyo y estima hicieron de esta, una experiencia inolvidable*

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	4
Índice de Gráficos.....	10
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I:.....	14
CONCEPTOS TEÓRICOS, ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LOS ELEMENTOS OBJETO DE ESTUDIO	14
1.1 Breve reseña histórica del origen y evolución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.....	15
1.2 Evolución en el derecho internacional	18
1.3 La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas 1989	20
1.3.1 El interés superior en la CDN	22
1.4 Interés Superior del Niño	25
1.4.1 Significado que puede atribuírsele al calificativo “superior”	26
1.4.2 Conceptualización de interés superior del niño.....	28
1.5 Interés superior del niño como concepto indeterminado	29
1.6 Propuesta de objetivación del interés superior del niño	31
1.6.1 Fortalezas del principio	32
1.6.2 Debilidades del principio	34
2. Figura de subsidiariedad en materia de niñez y adolescencia.....	36
2.1 Figura de Subsidiaridad en el Ecuador.....	37
2.2 Obligación subsidiaria.....	38
2.3 Deuda alimentaria	39
2.4 Contenido de los derechos del alimentante	40
2.5 Obligados Principales y Subsidiarios.....	41

2.6 Apremio personal, como medida cautelar.....	43
2.7 Audiencia única en materia de niñez y adolescencia	44
3. Ponderación.....	46
3.1 Concepto de ponderación	47
3.2 Estructura de la ponderación	49
3.2.1 Ley de la ponderación	49
3.2.2 La fórmula del peso.....	50
3.2.3 La carga de la argumentación.....	51
3.3 Ponderación de derechos en estricto sentido.....	51
CAPÍTULO II.....	54
2. EL ROL DEL JUEZ	54
2.1 El Juez en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.....	55
2.2 Discrecionalidad del juez	57
2.3 El deber de motivar	59
2.3.1 Requisitos de la motivación	61
2.3.1.1 Expresa.....	61
2.3.1.2 Clara	62
2.3.1.3 Completa	62
2.3.1.4 Lógica	63
2.3.1.5 Legítima.....	63
2.4 Argumentación jurídica.....	64
2.5 El rol del Juez para la aplicación del interés superior del menor en aplicación de la figura de subsidiaridad.....	65
2.6 La obligación de motivar y argumentar decisiones en juicios de alimentos a subsidiarios	67
CAPITULO III.....	70

3. ANÁLISIS DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	70
3.1 Transformación de los juzgados de niñez y adolescencia en la ciudad de Cuenca	70
3.2 Recopilación de información	72
3.3 Análisis de resoluciones	75
CONCLUSIONES.....	84
BIBLIOGRAFIA	89

Índice de Gráficos

Gráfico 1: Fijación de alimentos a subsidiarios	76
Gráfico 2: Uso de motivación.....	78
Gráfico 3: Uso de argumentación jurídica.....	79
Gráfico 4: Discrecionalidad abusiva por parte del juez en aplicación del interés superior del menor.....	80
Gráfico 5: Uso de ponderación.....	81

INTRODUCCIÓN

Desde hace mucho tiempo en el Ecuador se ha cuestionado por parte de los usuarios; de qué se trata y cómo opera la figura de subsidiaridad en materia de niñez y adolescencia, preocupación que se puede evidenciar en el ejercer diario de la profesión de abogado, puesto que muchos, consideran injusta esta figura establecida dentro de nuestra legislación. Pero más allá de llegar a entender que la subsidiaridad tiene como fundamento la existencia de un vínculo de responsabilidad entre el menor y los obligados subsidiarios, y que en la subsidiaridad radica un ámbito de solidaridad de estos hacia los menores, el problema realmente radica en hasta dónde el interés superior del menor cabe.

Se deja de lado incluso otros derechos que ostentan igual jerarquía; como el derecho a la educación, al buen vivir, y el libre desarrollo de la personalidad de los obligados y sus familias, en caso de que se imponga una pensión alimenticia drástica a subsidiarios, a pretexto de una tutela al derecho que tiene el menor, dando como resultado incluso, un actuar arbitrario por parte del juez, donde importa más determinar de forma rígida lo que establece la ley que la protección misma de derechos.

En el ámbito del ejercicio del derecho, en materia de niñez y adolescencia, estos casos son muy comunes. Por un lado, hay quienes demandan subsidiariamente porque existen obligados principales que desatienden a sus hijos, ya sea porque no tienen estabilidad económica, no encuentran medios para sustentarse, o simplemente no quieren trabajar. Y, por otro, hay quienes a pretexto de la ley, abusan de esta facultad, quienes estando en condiciones para demandar al obligado principal; adoptan otras medidas, demandando a los subsidiarios, lo cual se convierte en un verdadero problema cuando sobre estas personas, se ejecutan medidas de apremio real en el caso de incumplimiento de pago e incluso peores, como el apremio personal que hoy en día en beneficio de aquellos, está por ser derogado.

Todos estos antecedentes generan varias dudas, no solo dentro de los usuarios, sino también dentro de quienes ejercemos el derecho, ya que de darse todos estos supuestos nos veríamos obligados a anticipar una decisión que es inevitable dentro de estas audiencias únicas y es que, irremediabilmente se fije una pensión a los subsidiarios, lo cual debería

analizarse si es esta justa o no. Pero no es aquello lo que ha inspirado la elaboración de este trabajo, sino una posible falta de motivación¹ al momento de emitir estos autos por parte de los jueces, que de ser así, generaría mucha desconfianza en el aparataje judicial.

En primer lugar, se ha estructurado un marco conceptual con la finalidad de facilitar la comprensión del presente trabajo, donde se presentan definiciones de términos que se utilizarán de forma frecuente en el desarrollo de la presente investigación jurídica, permitiendo a los lectores comprender lo expuesto. Conceptos relacionados al interés superior, subsidiaridad, y ponderación, son los ejes fundamentales del trabajo investigativo. Se enunciarán también: antecedentes históricos de dichos conceptos, definiciones y análisis críticos que permitirán, en lo posterior, generar una propuesta acerca del planteamiento sobre un posible abuso del interés superior del niño y una consecuente discrecionalidad del juez.

En el segundo capítulo se expondrá, cuál es el rol del juez en la aplicación del interés superior del menor en materia de subsidiaridad, donde será necesario abordar también el rol que cumple el magistrado como conciliador de conflictos. Adicionalmente se tratará la necesaria utilización de la motivación al momento de emitir un auto en materia de niñez y adolescencia, y de los distintos niveles de discrecionalidad que pueden suscitarse de no hacerse de esta forma.

Finalmente, el tercer capítulo se centra principalmente en el análisis de resultados de un estudio de campo realizado en los juzgados de niñez y adolescencia de la ciudad de Cuenca, donde se podrá realizar un sondeo general de cómo se han resuelto casos en materia de subsidiaridad, y así, evidenciar si existe falencias o no al momento de emitir resoluciones; demostrando si efectivamente se vulneró algún derecho de los obligados subsidiarios y sus familias. Este estudio evidenciará también, cuál es el método y cómo está estructurada la argumentación de los jueces y si se ha aplicado o no de forma rígida el interés superior del niño, sin considerar elementos externos tal como está llamado a hacerlo el juez según la observación No. 14.

¹ Motivación judicial entendida como aquel conjunto de razones y/o argumentos mediante los cuales el juez, a través de su sentencia, construye un razonamiento suficiente, por medio del cual se da a conocer su decisión sobre un determinado caso.

Todo ello, con la finalidad de proponer a la ponderación como técnica para la disminución de discrecionalidad abusiva por parte del juez al momento aplicar el interés superior del niño, que como veremos más adelante lleva inmerso en sí varios derechos por su carácter de indeterminado.

CAPÍTULO I:

CONCEPTOS TEÓRICOS, ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LOS ELEMENTOS OBJETO DE ESTUDIO

Como premisa de este trabajo, es necesaria la enunciación de ciertos conceptos teóricos², que indudablemente son importantes para la comprensión de una investigación. Para la estructuración de esta tesis en particular, es necesario tener en cuenta y analizar varios conceptos que han servido de guía para el desarrollo de la misma, entre los cuales están: qué se entiende y de dónde nace la noción de interés superior del niño en el ámbito internacional para, posteriormente, auscultar cómo se encuentra planteada en nuestra legislación, así como también la forma en la que está estructurada la figura de subsidiaridad en el Ecuador, qué comprende y cómo se emplea, para finalmente analizar de qué se trata y cómo aplica la ponderación de derechos, en general, y de forma particularizada en materia de niñez y adolescencia.

Estos elementos están íntimamente relacionados con la ponderación, ya que una vez que se suscita la controversia en cuanto a la fijación de alimentos a obligados subsidiarios, es el juez quien debe hacer uso de este recurso; no solo para dar solución al conflicto, sino también para precautelar derechos tanto de los obligados como del menor.

Otra de las finalidades de este trabajo, será el análisis de cuáles son los parámetros en los que se basa el juez para resolver, y no vulnerar derechos constitucionales de los subsidiarios y sus familias, y si existe un afán sobreprotector por parte del magistrado hacia el llamado interés superior del menor.

El motivo del presente capítulo, es ampliar los conceptos que se enunciaron anteriormente, y configurar la base de este trabajo. A lo largo del primer punto se desarrollará: primero, el interés superior de niño, mismo que se encuentra reglado tanto en nuestro ordenamiento jurídico nacional, como dentro de legislación internacional, el

² El término concepto se refiere a la idea que forma el entendimiento. Se trata de un pensamiento que es expresado mediante palabras.

segundo; estará referido a la figura de obligados subsidiarios³, y, finalmente la ponderación como instrumento de solución de conflictos, entre los derechos del titular del interés superior, y el obligado subsidiario y su familia.

1.1 Breve reseña histórica del origen y evolución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Hablar hoy en día de los derechos de niñas, niños y adolescentes representa algo trascendental, su contenido en diferentes cuerpos normativos denota la importancia con la que se los trata actualmente. Pero, ¿siempre fue así?, para entender cómo a lo largo de la historia se ha ido formando este derecho, es necesario recapitular de forma breve ciertos momentos históricos que han marcado la evolución del mismo, hasta constituir uno de los principios más importantes dentro del derecho de familia, el interés superior del niño.

La conceptualización del “sujeto niño” como una categoría diferente a la de los adultos se podría considerar reciente. Philippe Aries historiador francés, sostuvo que hasta aproximadamente el siglo XVII, ni siquiera el arte medieval hacía referencia a la infancia, o simplemente no trataba de representarla. Todas las pinturas anteriores a esa época, distinguían a los niños de los hombres únicamente por su altura, ya que en muchos cuadros, la única diferenciación entre unos y otros era su tamaño, incluso las demás facciones físicas eran idénticas.

Es según Aries, que a mediados del siglo XVII, fue donde se construyó la categoría de infancia en el mundo occidental como se la conoce en la actualidad, es decir como una etapa diferenciada e importante en la vida de los seres humanos⁴.

Toda evolución de derechos viene marcado por un proceso histórico, y lo relativo a la niñez no es la excepción, la historia de la humanidad en varios casos, y en este en particular, permite evidenciar la cruenta batalla que ha enfrentado la niñez alrededor del planeta. Inicialmente, al igual que muchas mujeres u hombres que por diferentes

³ Obligación subsidiaria, entendida como el vínculo parento-filial proveniente del derecho de familia que nace a partir que los padres se encuentran imposibilitados de contribuir con la prestación de alimentos y, por ende, los parientes en cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad son los encargados de satisfacer la misma.

⁴ Philippe Aries, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*, (Madrid, Taurus, 1987), 7.

condiciones, no tenían derechos, tampoco así los niños, incluso en la antigüedad eran considerados propiedad del padre quien podía venderlos, o asesinarlos.

En Grecia, de alguna manera se tomó en cuenta las necesidades de la infancia, siempre proyectando la idea de que los niños crecerían y algún día se convertirían en ciudadanos del Estado democrático griego, por lo que era necesario educarlos y formarlos para ese cometido. Es de esta manera, que empiezan a crearse los primeros establecimientos educativos. Estos privilegios eran únicamente para los hijos de los ciudadanos, ya que los hijos de los esclavos al igual que sus padres no eran considerados personas. En Grecia, principalmente Esparta, era conocida por formar guerreros desde pequeños, es así que los niños desde temprana edad, eran sometidos a tratos rigurosos para formarlos, el rigor era tan extremo, que se promulgó leyes que permitían que los niños enfermos, o que se consideraba que no eran “útiles” sean sacrificados⁵.

En Roma, la patria potestad otorgaba al padre un poder absoluto de aquel, sobre sus hijos, quien podía disponer de su futuro e incluso decidir si los aceptaba como sus primogénitos o no.

Mucho tiempo después, ya en la era del Cristianismo, nacen nuevos criterios sobre cómo tratar a los niños, donde se reforzó la idea de responsabilidad de los padres hacia los hijos, considerándose aquello como algo novedoso, tomando en cuenta lo ocurrido en épocas pasadas, y es que dar muerte a un hijo era considerado “asesinato”, y el abandono de menores era mal visto socialmente⁶ en esta época.

En la Edad Media las condiciones económicas empeoraron mucho, el desempleo se hacía una constante entre la población y, por ende, la situación de la niñez cambió drásticamente, ya que a partir de los 5 años, los niños tenían que incorporarse a diferentes actividades productivas, especialmente al servicio de las clases acomodadas⁷.

A finales de la Edad Media se empezó a observar como algo inadecuado el excesivo castigo físico, y se reconocieron algunas diferencias entre niños y adultos, las

⁵Farith Simón Campaña, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*, (Quito, Cevallos, 2008), 28.

⁶ Alberto Rodríguez Gómez, *Evolución Histórica de los derechos del niño*, En 50 aniversarios de la declaración de los derechos humanos y su influencia en la evolución de los derechos del niño, (España, Universidad de Cádiz, 1999), 22.

⁷ Ibíd., 23.

ideas más humanitarias de la época del Renacimiento y su mayor preocupación por el ser humano, permitieron que dentro del campo de la niñez se generen cambios más trascendentes⁸. La infancia empezó a ser considerada de distinta manera, en especial por las clases económicamente más prosperas y su preocupación por dar educación a sus hijos.

Ya en el siglo XVIII como producto de la Ilustración, la revolución francesa y la aparición de las primeras declaraciones de los derechos del hombre, se da un profundo cambio en la relación a todos los seres humanos. En esta época se amplían conceptos acerca de los derechos de todos a ser respetados y a la igualdad. Esto lógicamente significó una transformación también en relación a los niños. Sin embargo, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia producto de la revolución francesa de 1789, no introdujo disposiciones relativas a la protección de los niños.

El cambio sobre la consideración de la infancia de forma sustancial, se dio gracias a la transformación de dos instituciones sociales muy importantes, tanto en la actualidad como en aquella época: la escuela y la familia.

La escuela como instituto, cambió la concepción que hasta ese tiempo se tenía sobre la enseñanza pues el aprendizaje era en casa. Aunque el ingreso era diferente dependiendo el país, tenía como ideal primigenio la educación. En relación a la segunda institución, la familia, se transformó de un vínculo de parentesco a un lugar cálido y de afecto. Anteriormente el rol familiar cumplía con una misión más proteccionista hacia los bienes y existía más bien una relación de mutuo beneficio. Varios autores manifiestan que es en la Ilustración donde aparece la diferenciación de mayor de edad y menor de edad.

Con la Revolución Industrial, se da un escenario típico de la época, la explotación laboral, que no solo perjudicaba a los adultos, sino también a los niños. Es así que en este periodo, se da origen a las primeras leyes de protección a la infancia, especialmente en Inglaterra con la limitación de la jornada laboral⁹.

Estos breves antecedentes históricos resaltan aquella única visión de los derechos de los niños que se tenía en la época, y es que no eran apreciados, peor aún regulada su situación a través de un instrumento que permita una real consagración de derechos, la

⁸ Sonia Hernández Prada, *“Notas Históricas acerca de los Derechos del niño”*, (Madrid, Cruz Roja Española, 1990), 37.

⁹ Ibíd.

realidad no solo de estas épocas sino más adelante con las guerras, demostrarían que era necesaria la implementación de un documento que permita la protección de derechos, no solo de los seres humanos en general, sino una particular, la protección de derechos que tenía que ser concedida a los más vulnerables, los niños.

1.2 Evolución en el derecho internacional

Como producto del malestar que vivió la infancia como consecuencia de la primera guerra mundial, varios países e instituciones involucrados en el conflicto bélico de la época, promovieron la elaboración de una “Carta del Niño” con la intención de llamar la atención de la comunidad internacional, y es bajo este contexto, que Englantyne Jebb, en abril de 1919, creó la “Save the Children Fund” con el objeto de reunir una base económica suficiente, para enviar, en principio, leche a los niños de Viena, y procurar más adelante, enviar otro tipo de enseres a diferentes países¹⁰. Todo ello con el propósito de ayudar a los niños que morían de inanición; producto del bloqueo en Europa de los países aliados, hacia los países vencidos, situación que producía hambruna y muerte en los menores. Empero, no es sino hasta 1922 que Jebb redacta las bases de una declaración de los derechos del niño, que fue entregada al Comité Ejecutivo de la Unión Internacional de Socorro a los Niños, que más tarde, el 17 de mayo de 1923 la adoptaría como “La Declaración de los derechos del niño”, misma que tuvo tanto impacto, que el 26 de septiembre de 1924, la Quinta Asamblea de la Sociedad de las naciones, la aprueba bajo el nombre de la “Declaración de Ginebra”¹¹.

Este documento trataba una serie de temas, donde aspectos de gran relevancia como los deberes de la comunidad internacional hacia los niños, era enunciado, sin embargo, muchos doctrinarios, entre ellos, Fernando Faiz consideraban que dicha propuesta era antipedagógica.

Sin importar esta situación, resultaba importante y revolucionario para la época contar con un documento de esta magnitud para la protección de los niños, ya que si bien es cierto existía una preocupación hacia la condición vivida por los menores en este período, no se exteriorizaba ese sentir, ya que no estaba regulada su situación en un

¹⁰April Boffil, y otros, *La declaración de Ginebra, Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*, Comissio de la Infancia y la Justicia de i Pau, (Barcelona, 1999)

¹¹ Simón, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, 28

instrumento que permita la protección de los niños, lo que si aconteció a partir de la creación de la Declaración de Ginebra.

La Declaración de Ginebra contenía cinco principios básicos:

1. El niño ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser estimulado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida, y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado en el sentimiento de que tendrá que poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos.¹²

El siguiente paso a considerar dentro del ámbito del derecho del niño, es sin duda la creación en 1946 de lo que hoy conocemos como UNICEF¹³, cuyo objetivo en principio no fue otro que brindar auxilio a los niños damnificados, víctimas de la Segunda Guerra Mundial. En 1953, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió que UNICEF, por la labor brindada en esos años de conmoción mundial causada por las guerras, se convirtiera en un referente mundial en lo concerniente a brindar ayuda al niño, convirtiéndose así en un organismo permanente.

Si bien es cierto lo relatado con anterioridad corresponde a una breve historia de cómo ha evolucionado el derecho del niño, en general, el propósito de aquello es llegar específicamente al momento de creación, o mención, de lo que corresponde a la esencia y considerado pilar fundamental del derecho del niño, que no es otra cosa que el interés superior del menor.

En el área específica del derecho de niñez, es en el año de 1959 que se puede encontrar un instrumento internacional, que hace mención a la noción de interés superior, la llamada Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Este importante instrumento cuenta con diez principios; en el segundo, se hace referencia de forma expresa, el interés superior del niño.

¹² Declaración de Ginebra, (1924).

¹³ Por sus siglas en inglés, United Nations Childrens Fund, que en español quiere decir, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.¹⁴

Como se puede apreciar dentro del segundo principio que contiene la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que además, se erige como uno de los pioneros relativo a la materialización de lo que es el interés superior del niño, queda bastante claro que conjuntamente con el avance de los derechos humanos que data del mismo período, a nivel mundial se va constituyendo un principio que a partir de aquí tomaría bastante relevancia dentro del derecho de familia, siendo estos primeros pasos de vital importancia para la configuración a nivel internacional de lo que actualmente es considerado como la “Carta Magna” de los derechos del niño.

1.3 La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas 1989

La doctrina especializada es uniforme al manifestar que el interés superior del menor cobró verdadera importancia y aceptación casi unánime dentro de la comunidad internacional, a raíz de su incorporación en la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Considerada “La Carta Magna” de los derechos del niño, es resultado de una constante evolución histórica marcada por un sin número de acontecimientos, guerras y luchas y, es en el año de 1989 en el que se da vida a tan importante instrumento internacional que recoge varios derechos a favor del niño, obviamente enlazado íntimamente con el paralelo crecimiento de los derechos humanos.

Como todo instrumento internacional, también tuvo una historia de negociaciones y cambios al texto que se enunciarán brevemente, para de esta manera centrar el análisis en ciertos artículos de la Convención que hacen alusión al principio de interés superior.

En el año de 1978, el Gobierno de Polonia presentó a Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del Niño, que pese a sus limitaciones por la complejidad de asuntos a tratar, dio inicio a la elaboración de este instrumento. Tras

¹⁴ Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1959).

diez años de constantes negociaciones con gobiernos y países de todo el mundo, líderes religiosos, ONG's y otras instituciones, se aprobó el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989; cuyo cumplimiento sería obligatorio para todos los países que en el futuro la ratifiquen.

La Convención sobre los Derechos del Niño se convirtió en ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, demostrando su importancia y consideración dada a nivel mundial. Hoy la Convención sobre los Derechos del Niño ya ha sido aceptada por todos los países del mundo, excepto Somalia que está en proceso de ratificación y Estados Unidos.

Hoy en día, el principio de interés superior del menor dotado de todo aquello que le otorga el derecho internacional, así como también el derecho de familia contemporáneo, ha logrado que incluso varios países de Latinoamérica constitucionalizará el interés superior de forma directa, asumiendo de esta manera, un rol muy importante dentro de aquellos países; por nombrar dos casos, en particular el de Venezuela¹⁵, y por supuesto del Ecuador, que a raíz de su Constitución, elaborada en Montecristi en el año 2008 incorpora con rango constitucional este principio:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.¹⁶

De esta manera cada país asume y garantiza de forma prioritaria los intereses del menor.

La Constitución venezolana en el artículo 78 prescribe: Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador [2008], tit. II, "Derechos", cap. tercero, "Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria", art. 44, ([Quito]: Asamblea Nacional. Comisión legislativa y de Fiscalización. 2 de febrero del 2016: 21

Ahora bien, se ha hablado de la Convención sobre de los Derechos del Niño, pero ¿qué es exactamente? y ¿cuál es su contenido?

La Convención sobre los Derechos del Niño ¹⁷ es el primer instrumento jurídicamente vinculante, que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos. La convención está configurada por 54 artículos que recogen derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Su aplicación es obligatoria por parte de los gobiernos, pero también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas.

Es el tratado internacional más ratificado de la historia, pero no solo eso, Los 195 Estados que lo han ratificado, tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al Comité de los Derechos del Niño, mismo que está formado por 18 expertos en derechos de la infancia procedentes de países y ordenamientos jurídicos diferentes.

La CDN tiene tres protocolos que la complementan. El Protocolo de venta de niños y la prostitución infantil, el Protocolo de la participación de los niños en conflictos armados y el Protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño¹⁸.

1.3.1 El interés superior en la CDN

Dentro de la CDN¹⁹, se tiene al interés superior del niño, como pilar fundamental, es así, que en varios de sus artículos, se habla del mismo como uno de los principios generales del instrumento.

La formulación general, que resalta a primera vista dentro la convención, se encuentra recogida en el artículo 3, numeral 1:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.²⁰

¹⁷ En adelante, CDN.

¹⁸ Véase Unicef, ¿Que son los derechos del niño?, <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino>, Consulta: 1 de septiembre del 2015.

¹⁹ Convención sobre los derechos del niño (1989).

²⁰ Ibíd.

La lectura de este artículo, permite evidenciar que el bienestar del menor no recae únicamente sobre instituciones públicas o privadas, sino, sobre las demás instituciones del aparataje estatal que son las responsables también, de atender el interés superior del menor.

Pese a no ser un Convenio extenso, hace mención al interés superior del niño en algunos de sus artículos, como por ejemplo el artículo 9.4, concerniente a la separación de padre y madre:

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño²¹.

El convenio prevé que, de ser necesario, el niño debe ser separado de sus padres, para protegerlo íntegramente de ciertos elementos que no le permitan su normal desenvolvimiento en la sociedad. En el artículo 18, al referirse a la obligación conjunta de los padres en la crianza, y cuidado de sus hijos, sostiene que su preocupación fundamental será el interés superior del niño; el artículo 20, hace mención a este principio acerca de los niños privados de su medio familiar, cuyo “superior interés” exija que no permanezcan en ese medio, por lo tanto tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado; el artículo 37 literal c “todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”²², y finalmente artículo 40 numeral 2 haciendo referencia a infracciones de menores, en su parte pertinente sostiene:

Artículo 40 [...]

2. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño.²³

El interés superior del niño lleva inmerso dentro de sí, varios ámbitos en los que puede desenvolverse dentro del derecho de familia, es su abstracción y poca delimitación la que lo permite, situación que ha llevado a varios doctrinarios a discusiones acerca de estas características. Es previsible pensar que desde un principio, en la Convención, se

²¹ Ibíd.

²² Ibíd.

²³ Ibíd.

determinaría sin discusión alguna la implementación del interés superior, pero no fue así, la incorporación del interés superior del niño no fue pacífica²⁴, ya que existieron discrepancias y preocupaciones por la “imprecisión” del concepto, dejando así puertas abiertas a la posibilidad de interpretaciones extensivas y distorsionadas.

La propuesta que se analizó, era que el interés superior debía ser “la consideración primordial”, pero se modificó porque supusieron que podría haber conflicto con otros derechos importantes, como la justicia o equidad social entre varios otros, quedando nada más como “la consideración primordial”²⁵. Empero, después de varias observaciones generales, finalmente se dispuso que en razón de la dependencia, madurez, condición jurídica, y por su menor posibilidad de defenderse con fuerza de las adversidades y así poder defender sus intereses de menor, el Comité determinó que el interés superior no es simplemente “una consideración primordial”, sino “la consideración primordial”.

De lo expuesto surgen varios criterios, unos sostienen que la visión asumida por la Comisión es “egocentrista” por parte del interés superior, ya que el principio podría estar por encima de otros miembros de la sociedad e incluso sobre el interés superior de otros niños, mientras que otros afirman que esa abstracción, es la base del principio.

Sea cual fuere la concepción adecuada, lo curioso es que en países como Francia, se ha ejercido gran resistencia a la incorporación de la noción de “interés superior”, adhiriéndose más bien a la implementación del concepto como “interés del menor”, evidenciándose la brecha existente entre una y otra definición por este calificativo, “superior” que se puede entender como jerárquicamente superior, y que está por encima de otros derechos.

En países como Francia, Noruega e Italia, el legislador opta por remitir al juez o a la administración, la tarea de determinar para cada caso concreto, en qué consiste este interés. En estos sistemas, es la práctica judicial la que deja entrever en mayor o menor medida,

²⁴ The United States Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide of the “Travaux Préparatoires”, Detrick, S., (compiladora y editora), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992. Reis Monteiro A., “La Revolución”, 173.

²⁵ Véase, Informe del Grupo de trabajo a la Comisión de Derechos Humanos de 1989, documento E/CN.4/1989/48, párr.: 121 y 122.

cuáles son los criterios por los que se rigen los jueces a la hora de tomar decisiones, por ejemplo en procesos de separación o divorcios²⁶.

El Comité en la Observación General No 14, reconoce que efectivamente puede darse un conflicto entre el interés superior del niño y otros derechos o principios de igual importancia, como justicia, equidad social, libre desarrollo a la personalidad, entre otros, lo cual *prima facie*, representa uno de los principales argumentos por los cuales varios doctrinarios evidencian que existe un problema que desemboca en una posible extensiva interpretación de este principio, pudiendo afectar de forma directa otros derechos²⁷. Pero el Comité trata de solucionar esta situación en su observación, sosteniendo que en caso de que no sea posible su armonización:

...las autoridades y los Responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.²⁸

Si bien la Observación General hace un intento por solucionar una posible aplicación arbitraria del principio por ser considerada “la consideración primordial”, desde otro punto de vista, evidencia también otros problemas, ya que igualmente se deja libre albedrío a las autoridades para la toma de decisiones, en casos que impliquen la aplicación de interés superior, que puede tornarse abusiva, aunque sí establece de forma clara que se tiene que analizar, y sopesar, los derechos de los interesados.

1.4 Interés Superior del Niño

Después de hacer una breve recapitulación histórica, que trata de sintetizar acontecimientos relevantes dentro de la evolución del derecho de los niños, niñas y adolescentes, y de repasar su origen en el derecho internacional; lo relevante dentro de este primer punto es explicar en qué consiste este llamado interés superior, y profundizar más, en los problemas que lleva inmerso este principio, pese a ser considerado uno de los mayores alcances dentro del derechos de familia.

²⁶ Irene, Ortega Guerrero, *El principio de interés superior en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea*, (España, 2002): 89

²⁷ Observación General No 14

²⁸ *Ibíd*em, párrafo 39

La importancia del interés superior del niño no solo a nivel nacional sino internacional es indiscutible, conforma un eje fundamental dentro del derecho de familia y también en otros ámbitos del derecho, según varios tratadistas consiste en el “eje al rededor del cual deben girar los institutos del derecho de familia”²⁹. No cabe duda sobre su importancia, ya que la misma se puede evidenciar en los diferentes tratados que fueron mencionados con anterioridad, pero si existe cierta incertidumbre sobre su alcance y aplicación.

La discusión planteada en torno al principio tiene discrepancias, principalmente por su carácter indeterminado, así como también el hecho de que al estar dotado de cierta abstracción, tenga inmerso un gran número de derechos dentro de sí.

Para varios entendidos en la materia, esta indeterminación puede significar un problema, sosteniendo incluso que el interés superior del niño ha funcionado a lo largo de la historia como un cheque en blanco, que permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado, obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles³⁰, situación que se ha ido desnaturalizando con el tiempo hasta convertirse en algo más abusivo que una discrecionalidad.

Por otro lado, hay quienes sostienen que esa misma indeterminación asegura que los derechos de los niños estén salvaguardados, atendiendo así, a múltiples necesidades que históricamente han sufrido los menores.

1.4.1 Significado que puede atribuírsele al calificativo “superior”

Antes de abordar el concepto de interés superior del niño, es necesario hablar de uno de los elementos que no ha pasado desapercibido dentro de la CDN, y no es otro que el calificativo de “superior” al interés del niño, pero ¿qué significa realmente?, acaso ¿está queriendo decir que los derechos del niño son jerárquicamente superiores a los de los adultos, y por consiguiente priman sobre aquellos?

²⁹ Ayago Duran, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, (COLEX, Madrid, 2004): 87

³⁰ D. Freedman, *El interés superior del niño como el "Caballo de Troya" de la Convención sobre derechos del niño*, <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf>. Consultado el 20 de octubre de 2014.

En principio pareciera que la respuesta a esa pregunta es afirmativa, y que el interés del niño se haya plenamente vinculado al ejercicio de un derecho que tendría que ser prioritario. Se podría pensar entonces que se ha querido poner de manifiesto, que al niño le asiste un auténtico poder para reclamar de forma eficiente la satisfacción de sus requerimientos, y por ende, que sus derechos al formar parte prioritaria en la escala de derechos a satisfacer, estarían por encima de los de otras personas.

Si bien es cierto todo lo antes dicho simboliza la idea de que dentro de la familia, el niño también ocupa un lugar importante, y debe ser respetado; es necesario recordar, que cuando se defiende el interés del niño, obviamente ello implica la defensa de un interés privado, pero así también el de un interés social, ya que está por demás decir, que el niño forma parte de la sociedad.

Pero ¿fue necesaria en su momento la implementación de este calificativo en la CDN?, la respuesta es relativamente sencilla; si lo fue, y es principalmente por el descuido de años por parte de quienes legislaban, al no haber creado lo antes posible un instrumento internacional que permita la protección de los más vulnerables, que son los niños.

Pero la connotación con la que se lo trata actualmente, se tornó un tanto exagerada, y el porqué de ello radica en la aplicación práctica del principio, donde si bien es cierto es necesaria, lleva a los encargados de administrar justicia; a interpretar esta superioridad como un elemento de jerarquía sobre los demás derechos, cuando en realidad el texto de la Convención al hablar de “interés superior” lo ubica si, como la consideración primordial a la cual se atenderá, es decir como un elemento fundamental, pero no único ni exclusivo³¹.

Como se mencionó, países como Francia están en contra de la utilización del calificativo “superior” para referirse al interés del niño, y la razón está en la posible confusión de jerarquía sobre otros principios.

La intención de este trabajo no es criticar el calificativo, sin embargo se cree que es posible una interpretación extensiva del principio como actualmente se da. El término debe analizarse de forma contextual, es decir, estableciendo bajo qué circunstancias debe operar

³¹ Grosman y otros, *Los derechos del niño en la familia, discurso y realidad*, (Argentina, Universal S.R.L, 1998), 45.

como concepto abstracto y el por qué debe hacerse más fuerte a costa de otros derechos, más no aplicarlo abusivamente porque la ley así lo determina.

1.4.2 Conceptualización de interés superior del niño

Previo a hablar del concepto dado por la doctrina como “indeterminado”, es necesario plantear una definición general de lo que significa este principio, evidenciando de esta manera algunos de los elementos que forman parte del mismo.

Al interés superior del menor, lo define Miguel Cillero Bruñol como un principio que obliga a las autoridades a tomar como criterio orientador primordial, el respeto a los menores de edad, entendiendo como fundamento, la necesidad de adoptar dicho principio; así mismo sostiene, que los niños tienen derechos que deben ser respetados, y por ello tienen derecho a que antes de tomar cierta determinación respecto de ellos, la autoridad deba efectuar un razonamiento en el cual se pondere, por una parte, la decisión a tomar, y por otra, los derechos de los menores³².

Esta definición es bastante completa ya que no solamente enuncia ciertos elementos que por su cualidad de abstracto tiene inmerso el interés superior sino que también, hace referencia a un aspecto que es uno de los ejes fundamentales a tratar dentro del presente trabajo, y es que este principio, no tiene que ver únicamente con el reconocimiento del menor como sujeto de derechos, sino también, enfatiza de forma muy clara lo necesario que es, que la autoridad actúe de forma responsable, y que pondere dentro del marco de cada circunstancia en particular, los derechos inmersos en controversia, para posteriormente dar una correcta solución al conflicto.

Jean Zemarten, por su parte sostiene que el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar, si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño, y que representa una garantía para el niño de que su interés

³² Cillero Bruñol, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano “Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, (San José de Costa Rica, 1999), 11.

a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.³³

G. Sauri sostiene que la realización efectiva del interés superior del menor, implica “que las sociedades y gobiernos, deben realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades”³⁴

Por lo tanto, se entiende que el interés superior del menor es un principio que, en primer lugar, pugna por el reconocimiento del orden jurídico de los menores como titulares de derechos autónomos y propios; y, en segundo lugar, el interés del menor vela porque esos derechos sean también reconocidos como derechos humanos, que por la especial condición de los menores de edad, requieren una especial protección, a fin de que sean protegidos y garantizados, y de esta forma se cumpla con los principios de interdependencia, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos.

Pese al intento por parte de los doctrinarios por conceptualizar este principio, ello resulta muy complicado, y no es solamente porque en la CDN no se establece una definición, sino porque la doctrina ha hecho hincapié en la indeterminación que presenta el concepto de interés superior del niño, ante lo cual podemos observar principalmente dos reacciones, una tendencia que busca su objetivación y otra, que pretende mantener la indeterminación del principio.

1.5 Interés superior del niño como concepto indeterminado

En líneas anteriores se manifestó de forma expresa que el interés superior del niño está dotado de abstracción, y consecuentemente es un concepto indeterminado, pero ¿en qué consiste aquello?. Uno de los debates más encarnizados acerca del principio de interés superior del niño y del cual han surgido varios planteamientos, es acerca de si debe o no ser un concepto definido en la CDN, o seguir siendo un concepto indeterminado.

³³Jean, Zemartten, El interés superior del niño, Del análisis literal al alcance filosófico, Informe de trabajo del Institut International des droits del enfant. Marzo 2013, disponible en http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf, Consultado el 01 de septiembre 2015.

³⁴Sauri, G. *Los ámbitos que contempla. Propuesta de ley de niñas, niños y adolescentes*, (Comité por la Ley, México, 1998),<32xc0

En primer plano, nos encontramos con la tendencia que considera que su indeterminación es esencial, para afrontar de mejor manera la gran variedad de situaciones a las que se puede ver expuesto un menor, por lo que la teoría debe ser la encargada de prever las mismas y debe ser en la práctica donde sea necesaria su precisión.³⁵

El interés superior del niño tendrá dos funciones, primero una abstracta que obligará a los órganos del Estado a la consecuente protección de todos los niños, cada uno a través de la función que le es propia, y en segundo lugar, una más concreta que se obtendrá del concepto en abstracto para fundamentar una situación en particular.³⁶

Zemartten, siguiendo esta tendencia, entiende el interés superior del niño como:

Un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas, a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta.³⁷

Considera este autor, que dicho concepto debe servir de unidad de medida cuando son varios los intereses en conflicto, y además insiste que, en caso de situaciones difíciles, simplemente este concepto no puede estar basado en elementos objetivos.

Hoy en día a nivel mundial se viven varias situaciones adversas en el mundo, donde sobre todo quienes resultan ser los más afectados son los niños, es ese afán de precautelar el interés del menor, lo que hace que la indeterminación en el concepto permanezca. Otro de los puntos a favor de esta tendencia, radica en que son múltiples los problemas que enfrentan los niños en materia de familia, como: patria potestad, alimentos, tenencia entre

³⁵ Torres Perea sostiene que “... no podemos intentar reducir a un mero concepto el interés superior del menor, o dotarle de un contenido rígido, (precisamente porque se trata de una cláusula general), lo importante es su función de contrapeso (para proteger al menor en tanto parte más débil en sus relaciones sociales), J.M Torres Perea, *Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán*, (Madrid, Junio, 2006), 684.

³⁶ Natalia Isabel, Salgado Leyva, *El interés superior del niño en los procedimientos especiales seguidos en los tribunales de familia*, Tesis para la obtención de título de licenciada en ciencias políticas y sociales, (Universidad de Chile, 2012), 67.

³⁷ Jean Zemartten, El interés superior del niño, Del análisis literal al alcance filosófico, Informe de trabajo del Institut International des droits del enfant. Marzo 2013, disponible en http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf, Consultado el 01 de septiembre 2015.

otros, razón por la cual, el principio debe estar dotado de una generalidad que permita que afronte todos ellos sin mayor dificultad.

Pero, ¿qué pasa cuando el principio entra en pugna con otros de igual jerarquía? Esta, es una pregunta que ya se ha planteado anteriormente con la noción de si debe dotársele al mismo, el calificativo de superior, aquello se explicará más adelante dentro de las cuestiones a favor y en contra de cada postura.

1.6 Propuesta de objetivación del interés superior del niño

Como revés de una misma moneda, está la propuesta de dotarle de objetividad al interés superior del menor, la finalidad de aquello será acabar con las especulaciones acerca del principio en cuanto a su alcance y aplicación. Empero, no es mi intención dejar por sentado el estar a favor de una u otra tendencia, pero si analizar críticamente cuáles son los aspectos más fuertes de una y otra, para esclarecer, cuál se acerca más a lo apropiado dentro del manejo del interés superior del niño en la aplicación práctica.

Esta propuesta plantea que podría ser útil que este criterio sea precisado o completado por reglas de aplicación elegidas en función de distintos dominios, es decir, sacar de la abstracción al interés superior; para aterrizarlo dentro de un caso concreto; así, países como Canadá o Inglaterra, particularmente este último, plantea el "Children Act" de 1984 que sostiene que: el juez debe valorar, los intereses de cualquier niño como una suerte de parámetro que debe tomar en cuenta, pero también a su vez los padres o personas responsables de los menores como:

- La opinión del niño
- Sus necesidades físicas, afectivas, educativas
- El efecto sobre él de un cambio
- Su edad, sexo y su personalidad
- Los males que ya ha padecido o que puede incurrir
- La posibilidad de que cada uno de sus padres responda a sus necesidades.³⁸

Esta propuesta, seguida por países que utilizan un sistema jurídico anglosajón, hacen un intento por objetivar la noción de interés superior, y de esta manera eliminar los

³⁸ N. Bala, *The best interests of the child in post-modern Era: a central paradoxical Concept, in Law Society of Upper, (Canada, Special Lectures, 2001), 56.*

riesgos de confusión o errónea interpretación del principio, otorgando cierta tranquilidad al juez al momento de la toma de decisiones.

Ciertamente son intentos que carecen de perfección; sin embargo, plantean precedentes que bien podrían ser tomados en cuenta para futuros casos, donde en un supuesto, el interés superior al ser tan general, podría atropellar derechos de las demás personas.

1.6.1 Fortalezas del principio

Después de repasar algunos de los elementos que componen el interés superior del niño, así como enunciar las teorías que tratan de darle una aproximación objetiva para un mejor entendimiento; es necesario hacer un balance de cuáles son las debilidades y fortalezas del principio, así como también, de la característica más importante como es su indeterminación; sin dejar de lado los aportes y los puntos en contra que podría tener la noción.

Hasta este punto se han esbozado, cuáles serían los aspectos positivos y negativos de la indeterminación del concepto, sin embargo, se han caracterizado por ser un tanto generales. Los aspectos buenos de la indeterminación, son más claros de identificar que los negativos, pues de no ser así; el concepto carecería de indeterminación.

Aspectos como, la facultad de poder utilizarlo como herramienta para la gran variedad de conflictos dentro del derecho de familia, así como la afirmación de que en su indeterminación yace la clave para ser considerada como “la consideración primordial”, respaldan las afirmaciones de entendidos en materia como Torres Perea, al sostener que no se puede intentar reducir a un mero concepto el interés superior del niño, o dotarle de un contenido rígido por el hecho de tratarse de una clausula general, ya que lo importante de este principio es su función de contrapeso, que sirve para proteger al menor, por su condición de indefenso para la defensa de sus propios intereses³⁹, o como lo que expresa la catedrática Alegría Borrás, al establecer que la incorporación del interés superior del niño articula la protección del menor a nivel internacional.

³⁹ J.M, Torres Perea, Tratamiento del interés del menor en el derecho alemán, publicado en la Revista anuario de Derecho Civil, Tomo LIX, fascículo II, (Madrid, 2006).

Pero en realidad ¿cuál es la función de la indeterminación, y porque no determinar el principio?. Díez-Picazo, sostiene que los criterios jurídicos indeterminados son criterios de valor que por su imprecisión, han de ser perfilados en el momento de su aplicación, según criterios de experiencia común. Por lo tanto se emplean para referirse a realidades que engloban un gran número de hipotéticos casos, de tal forma que la norma no podría precisar *prima facie* el modo de proceder en cada uno de ellos⁴⁰.

En palabras de Irene Ortega Guerrero, el concepto jurídico indeterminado ofrece un criterio para valorar y tomar decisiones conforme al mismo, de modo que, aplicándolo a una situación determinada, se llegue a una solución que excluya otras posibles⁴¹.

Otro de los aspectos a tomar en cuenta es que tal como está definido el principio en la CDN, se considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, con base en el desarrollo teórico de Ferrajoli, entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales⁴². Lo cual implica que los principios jurídicos garantistas se imponen a las autoridades, es decir, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente (o contra) ellos. Por lo tanto, el principio del interés superior del niño, reconocido en el artículo 3 de la CDN, implicaría un deber del Estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos.

Todo ello sumado a lo que consta en la CDN, ofrece una amplia gama de respaldos doctrinales hacia mantener la tendencia de la indeterminación, así como también, la falta de preocupación hacia la niñez previo a la convención, que desde mi punto de vista forzó a quienes la realizaron, a establecer un principio lo suficientemente fuerte como para poder afrontar la demanda que existía en materia de niñez.

Ya sea esta noción de principio garantista, o que sirva como una ventaja y sea de utilidad para brindar soluciones a la diversidad de los casos, en teoría, lo que está en la Convención podría dejar satisfechas todas aquellas incógnitas planteadas dentro de este

⁴⁰ Díez-Picazo, Familia y Derecho, (Madrid, Civitas, 2004), 176.

⁴¹ Irene Ortega Guerrero, El principio de interés superior del niño en situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la unión europea, <http://www.masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>. Consultado el 11 de enero de 2016.

⁴² Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales” en *Fundamentos de los derechos fundamentales*, (España, Trotta, 2001), 45.

ámbito, siendo de esta manera, un principio que contiene un sin número de atribuciones, que lo hace en primer plano uno de los principios más completos dentro del derecho.

1.6.2 Debilidades del principio

Tratar de simplificar los puntos positivos de la indeterminación del interés superior resulta un tanto complicado, ya que es posible que, otros de igual importancia no sean enunciados, pero resulta aún más complejo, el encontrar debilidades y sostener que el principio tiene falencias en la práctica.

Ante la crítica al carácter difuso y difícilmente aplicable del concepto, se argumenta que, precisamente por su imprecisión y su amplitud, el interés superior del niño puede ser aplicable en diferentes contextos culturales, sociales o económicos. Sin embargo, este argumento relativista también ha recibido fuertes críticas.

En palabras del Comité,

Aunque se debe tener en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención.⁴³

Ello quiere decir que la aplicación de ciertas prácticas culturales que se den en cada país, por más que estén enraizadas en el mismo, como por ejemplo, la religión, que en varios pueblos lleva inmersa una práctica con rituales considerados extremos, de no ser compatibles con el interés superior del menor no se deberían aplicar, como en el caso de Estados de Medio Oriente, donde aún en ciertos lugares, la educación a las mujeres queda en segundo plano y pese a ser contraria al interés superior del menor, la aplican; quedando de esta manera demostrado, que no necesariamente el argumento de su abstracción lleva asegurada su aplicación en diferentes contextos culturales.

Es bien sabido que el interés superior del niño ha adquirido una trascendencia institucional que supera fronteras. Empero, al mismo tiempo, junto al consenso de las

⁴³ Silvina, Alegre y Otros, *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*, (Unicef, marzo, 2014).

naciones, se alzan voces en el campo doctrinario que marcan sus debilidades⁴⁴. Su aplicación dicen unos, pone a la justicia al servicio de modelos políticos dominantes. Su evaluación subjetiva, dicen otros, facilita la arbitrariedad del magistrado. Pero ¿por qué estas afirmaciones, en especial la segunda?, es porque este interés naturalmente es siempre definido por un adulto, y consecuentemente existe el riesgo de contemplar más los intereses de este último que los del primero⁴⁵, pues el menor, cualquiera fuese su edad, queda reducido a no ser más que “aquel que no habla”⁴⁶. Sería en tal caso como un comportamiento vacío que de una u otra manera se llena de percepciones y principios de los adultos.

Ahora bien, analizando particularmente uno de los casos que se vive día a día en el Ecuador como es el divorcio, se dan ciertas circunstancias que son interesantes analizar.

Al momento de definir con quién se queda el menor, si con la madre o el padre, el juez presume según su sana crítica con quien debe permanecer. En el caso ecuatoriano si es menor de edad debe permanecer con la madre, lo cual en otro ámbito es discutible. Ambos padres, en este caso, tratará de demostrar quién es mejor en su rol para salvaguardar el interés superior de su hijo, pero de no existir ciertos parámetros a seguir, será con seguridad, la madre o aquel que no necesariamente sea el mejor en la crianza e inculcación de valores para el niño, sino más bien aquel que tenga más capacidad económica.

Más allá de una contienda legal que en estos casos es una salida bastante forzada de no resolverse amistosamente, ¿no son los padres los que saben qué es lo mejor para el menor? si bien es cierto es el juez el que debe decidir, ¿qué nos garantiza que esté plenamente capacitado para resolver este problema utilizando a más de la ley, herramientas que le permitan deliberar con razón y lógica?

Guggenheim sobre el mismo tema sostiene:

los Estados pretenden que los jueces tengan como punto central el mejor interés del menor y que se ignore el de los padres, cuando en realidad son los padres quienes desean tener la

⁴⁴ Therry, Irene, L' enfant face a la separación paternale, “Cahiers du City”, No 4 Paris en: Grosman y otros, los derechos del niño en la familia, discurso y realidad, (Universal S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1998).

⁴⁵ Mauricio Luis, Mizrahi: interés del Menor, Enciclopedia de Derecho de Familia, t III, 52.

⁴⁶ Ibid.

oportunidad de probar que ellos tienen el derecho de permanecer junto a sus hijos y no que estos tienen el derecho a estar junto a ellos.⁴⁷

La intención de este primer punto fue el demostrar, que si bien el interés superior del niño es un elemento fundamental para administrar justicia en materia de familia, no debe ser el único a tomar en cuenta al momento de resolver conflictos.

Si bien el principio fue creado como herramienta universal para defender los derechos del menor, su verdadera esencia es procurar el bienestar del niño, pero se debe enfocar también en la protección de derechos de todas las personas.

El trabajo de los administradores de justicia no debe ser utilizar este u otro principio a rajatabla, o de forma mecánica, ya que se han superado esas épocas del juez convidado de piedra, o boca de la ley; y es ahí donde entra la noción de aplicar este principio como sostiene Bruñol, “con el fin de armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia”⁴⁸.

Esta última reflexión queda como apertura al siguiente punto, que propone la utilización del interés superior del niño, no como un principio avasallador de muchos otros inherentes a las personas, sino uno que con ayuda de la ponderación, permita que su aplicación práctica satisfaga las expectativas de aquellos que de no existir, no tendría sentido el sistema judicial, es decir, los usuarios a quienes se debe de la administración de justicia.

2. Figura de subsidiariedad en materia de niñez y adolescencia

La figura de subsidiariedad en materia de niñez y adolescencia en el Ecuador, ha sido desde su implementación, un asunto que ha llamado la atención de los obligados a prestar pensiones alimenticias. Habiendo quedado claro de forma resumida de lo que trata, y cuáles son los problemas a los que se enfrenta el interés superior del menor, se tratará de

⁴⁷ Martin, Guggenheim, *The Best Interest of of child: Much ado about Nothing?*, en Child, Parent & State, ed, Temple Univeraity Press, Filadelfia 1994.

⁴⁸ Cillero Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, 67

cotejarlo con uno de los temas a los cuales tiene que hacer frente el interés superior del niño en materia de derecho de familia.

Temas como la tenencia, la adopción, la patria potestad, o la fijación de alimentos, son algunos de los ámbitos para los cuales se diseñó el interés superior del niño para dar solución justa al conflicto. Pero ¿por qué hacer un estudio de cómo funciona dicho interés al momento de resolver conflictos en materia de subsidiaridad?, queda claro que en ámbitos como los que mencioné anteriormente, este principio trata de armonizar de cierta manera los intereses que ahí se debaten, pero en el caso de los obligados subsidiarios, existe una peculiaridad que pone al descubierto la pugna de principios de terceras personas que intentan defender sus derechos constitucionales y los de sus familias, vs el que le asiste al menor titular de derechos.

Por eso, a continuación se abordará cómo opera y de qué se trata la figura de subsidiaridad en el Ecuador, así como los derechos que intenta garantizar y, cuáles son los problemas que existen en la práctica, una vez que en audiencia única, los demandados subsidiarios afrontan una más que posible fijación de pensión.

2.1 Figura de Subsidiaridad en el Ecuador

En nuestro país, el derecho de alimentos se establece como un título, dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, expedido mediante Ley No. 100, y publicado en el Registro Oficial 737, el 3 de enero del 2003, vigente desde el 3 de julio de ese año, mismo que remplazó al anterior Código de Menores, expedido y publicado, el 7 de agosto de 1992. A lo largo de la historia ecuatoriana, el país ha creado los códigos de menores de 1938, 1944, 1960, 1969, 1976 y 1992.

El Código de la Niñez y Adolescencia, es la finalización de un largo proceso de discusión, redacción y debate legislativo que se inició cuando la reforma legislativa de 1992, demostró su inadecuación con los principios y contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴⁹

Su primera reforma, que tiene importantes avances en materia no solo de protección al menor, sino también en materia procesal generando mecanismos de celeridad, permite

⁴⁹ Simón, *Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador*, 1

hoy en día que los jueces emitan resoluciones rápidas y efectivas para el cumplimiento de los derechos.

Para entender como está planteado el tema de subsidiaridad dentro de nuestra legislación, es necesario analizar con detenimiento lo que manifiesta el Código de Niñez y Adolescencia y la Ley Reformatoria al título V. Resulta primordial indagar lo referente al contenido de los derechos del alimentante, posteriormente desglosar lo relativo a obligados principales, y obligados subsidiarios, para después entrar en el tema de cómo es manejada la audiencia única dentro de este ámbito.

2.2 Obligación subsidiaria

El concepto de obligación subsidiaria, se encuentra estructurado por dos términos y por tal motivo es importante realizar previamente un análisis de cada uno por separado.

Por un lado, el término obligación, entendido como un vínculo jurídico que une al deudor con el acreedor, a través de un contrato o convenio que genera efectos económicos y sociales⁵⁰. Toda obligación tiene que estar declarada expresamente en un contrato, pero también nacen a partir de títulos ejecutivos, de las relaciones matrimoniales, familiares, entre otras. Para el presente estudio es necesario analizar las relaciones provenientes de la familia.

En tal sentido, la obligación parento-filial, da nacimiento a los alimentos voluntarios y forzosos, entendidos los primeros como aquellas prestaciones económicas que emergen de la voluntad de las partes, o de la voluntad o declaración unilateral, mientras que, los segundos, son aquellas prestaciones económicas que surgen por mandato expreso de la ley.

Por otro lado, la subsidiariedad es la “acción o responsabilidad que suple o refuerza otra principal”⁵¹.

⁵⁰ Guillermo, Cabanellas Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 19 ed., (Argentina, Heliastasa, 2008).

⁵¹ Fundación Tomas Moro, *Diccionario Jurídico Espasa*, (España, Espasa, 2007), 789.

⁵¹ Jacqueline Mora Coronel, *Reforma al código de la niñez y adolescencia, en cuanto a la responsabilidad de los obligados subsidiarios al pago de pensiones alimenticias y los mecanismos coercitivos, tesis para la obtención de título de abogada*, (Loja, Universidad de Loja, 2014), 34.

Finalmente la obligación subsidiaria es el vínculo parento-filial proveniente del derecho de familia, que nace a partir que los padres se encuentran imposibilitados de contribuir con la prestación de alimentos, y por ende, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, son llamados por la ley a contribuir con el pago de las pensiones alimenticias a favor de los niños, niñas y adolescentes inclusive a favor de los discapacitados⁵².

2.3 Deuda alimentaria

En el campo jurídico, esta definición hace referencia a una asistencia determinada en la ley, a la cual están obligadas ciertas personas, sobre otras, con el fin de coadyuvar a su manutención y subsistencia. En definitiva, se puede señalar que la deuda de alimentos es el incumplimiento a la cancelación, pago o aporte de una “suma periódica que comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación u esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad.”⁵³ Para poder atender estas necesidades, se requiere una cantidad de recursos económicos que debe ser cuantificada, tanto en el monto, como en la temporalidad, es decir, cierto valor indispensable para aportar con estas necesidades por un determinado tiempo.

Esta deuda, es atribuible en caso que así se decida, a los parientes más cercanos del menor. Es preocupación de este trabajo que la suma de dinero impuesta a subsidiarios para cubrir con la pensión, sea tan alta, (dependiendo las circunstancias que atraviese el familiar), que atente contra sus derechos constitucionales como el buen vivir, o en caso de que afecte tan gravemente a su familia, que arremeta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de sus hijos, que tienen el mismo derecho a la defensa de su interés superior, como aquel que plantea la demanda. Pero previo a entrar en este análisis, es necesario exponer cuáles son las necesidades básicas con las que debe cumplir el responsable de cubrirlas.

⁵² Mabel Goldstein, Diccionario Jurídico, Consultor Magno, (Bogotá, Panamericana formas e impresos S.A, 2008), 53.

2.4 Contenido de los derechos del alimentante

El Art. 2 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia enumera ciertos elementos que resumen de forma ejemplificadora, cuáles son los derechos a los que debe tener acceso el menor, los mismos que deben ser cubiertos por parte del demandado.

a) Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente: Entendiéndose ésta como el consumo de productos por parte del menor, que le resultarán beneficioso para el organismo, y que en lo posterior le permita desarrollarse sano y de forma íntegra.

b) Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas: El alimentante debe hacerse responsable de que el menor pueda tener sin inconveniente alguno, acceso a la atención médica cuando éste lo requiera, para tener una correcta condición tanto física como psicológica y prevenir enfermedades.

c) Educación: Que yace en la formación que recibimos por parte de los establecimientos o instituciones sin importar que sean públicas o privadas, formal o no formal, o en el propio hogar, a fin de llegar al conocimiento y entendimiento de las cosas.

d) Cuidado: Entendido como la asistencia y protección que se brinda a una persona, a fin de impedir cualquier tipo de inconveniencia o contingencia, y evitar el sufrimiento o algún perjuicio.

e) Vestuario adecuado: La vestimenta es muy importante para el niño, ya que no se podría concebir la idea de que éste pueda andar sin ella y sea estigmatizado por la sociedad.

f) Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos: Es el lugar en el que el niño se desenvuelve mientras crece la cual debe estar dotada de todas las comodidades, al menos básicas, para la correcta formación del menor.

g) Transporte: El mismo que es de suma importancia para el menor, ya que de esta manera pueda trasladarse de un lado a otro de forma segura.

h) Cultura, recreación y deportes: “Siendo las manifestaciones que complementan el libre desarrollo de la personalidad de los alimentarios, generando

espacios de distracción, diversión, esparcimiento; desarrollando actividades físicas o mentales para la salud”.⁵⁴

i) Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva: Muy importantes en el caso de que el menor tenga algún problema durante el desarrollo de su formación, el cual en lo posterior le permitirá corregir y mejorar sus habilidades psíquicas o motrices, de necesitarlo.

El contenido del derecho de alimentos previsto en la ley, cubre algunas de las necesidades del menor durante su desarrollo integral, y se debe entender como ejemplificador mas no como taxativa.

Los derechos enunciados son intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles y no admite compensación, cubren ciertas carencias del menor; sin embargo, de una lista tan solo contiene algunas necesidades que pueden ir surgiendo a lo largo de su vida, contando con que en el futuro, no tenga mayores problemas. Lo verdaderamente importante es que en el caso de que no exista padre o madre para hacerse cargo, o aun habiéndolos, no posean un trabajo estable o fijo para solventar estas necesidades, deben ser los parientes más cercanos los que se hagan cargo de aquellos menores, creando así un vínculo de responsabilidad que muchos se preguntan si existe, sobre todo los afectados con una demanda de pensión alimenticia por subsidiaridad en su contra.

Todo esto resulta bastante lógico en primer plano, pero ¿Qué garantiza que estos puedan realmente proveer a los menores sin afectar drásticamente su modo de vida y el de los que es responsable? Previo a ello, es necesario entender bajo qué circunstancias se establece la figura de la subsidiaridad.

2.5 Obligados Principales y Subsidiarios

El Código de Niñez y Adolescencia en su artículo 129 manifiesta:

Art. 129.- Obligados a la prestación de alimentos.- Están obligados a prestar alimentos para cubrir las necesidades de las personas mencionadas en el artículo anterior, en su orden:

⁵⁴ Cristhian Mauricio, Recalde de la Rosa, *Dilemas y tensiones del nuevo procedimiento de alimentos contemplado en el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano*, Tesis para la obtención del título de Magister en Derecho, (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2012), 25

1. El padre y la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad;
2. Los hermanos y las hermanas que hayan cumplido dieciocho años y no estén comprendidos en los casos de los numerales 2 y 3 del artículo anterior;
3. Los abuelos y las abuelas; y,
4. Los tíos y las tías.

Si hay más de una persona obligada a la prestación de alimentos, el juez regulará la contribución de cada una en proporción a sus recursos. Solamente en casos de falta, impedimento o insuficiencia de recursos de los integrantes del grupo de parientes que corresponda, serán llamados en su orden, los del grupo siguiente, para compartir la obligación con los del grupo anterior o asumirla en su totalidad, según el caso.⁵⁵

“Los obligados conjuntamente a una misma prestación, de modo que cada uno de ellos puede ser reconvenido por el todo; además, pagando uno de los obligados solidariamente, quedan libres las restantes con respecto al acreedor o acreedores solidarios.”⁵⁶

Conocemos como deudores solidarios, a los obligados a cumplir una obligación en conjunto con los deudores principales o de manera independiente, es decir que deben cumplir en parte, o de forma total la obligación. En el caso de alimentos, tenemos como obligados subsidiarios a los familiares directos del menor, es decir que la legislación, ha previsto que a falta de los padres, quienes deben de cumplir con las obligaciones inherentes a los alimentos y subsistencia del menor son sus parientes más cercanos.

Como establece el artículo que antecede, los obligados principales para cubrir las necesidades de alimentos, en principio son el padre y la madre, aún en ciertos casos de limitación o suspensión de patria potestad, como son los que constan en el artículo enumerado 2 de la Ley Reformatoria al título V, libro segundo del Código de Niñez y Adolescencia.

En el caso de que los obligados principales no sean lo suficientemente solventes para cubrir las necesidades del menor, el padre o madre podrá demandar subsidiariamente a aquellos parientes más cercanos que faculta la ley, suponiendo esto una preocupación para quienes han sido demandados de esta forma.

⁵⁵ Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Registro Oficial 737, (Enero del 2003), art. 129.

⁵⁶ Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, (Guatemala), 149.

En el ámbito del ejercicio del derecho, estos casos son muy comunes ya que, por un lado, hay quienes demandan subsidiariamente porque existen obligados principales que descuidan a sus hijos, ya sea porque no tienen, no encuentran o simplemente no quieren trabajar. Existen también quienes a pretexto de la ley, abusan de esta facultad y estando en condiciones para demandar al obligado principal, adoptan otras medidas para sus propios beneficios, demandando a los subsidiarios, lo cual se convierte en un verdadero problema cuando sobre estas personas se ejecutan medidas de apremio real en el caso de incumplimiento de pago.

2.6 Apremio personal, como medida cautelar

Este es un tema que inicialmente causó mucha controversia en nuestro país, si bien es cierto que resulta lógico pensar que el obligado que no pague las pensiones alimenticias de sus hijos, que han sido fijadas por el juzgador y que no han sido canceladas, vaya a prisión, no es menos cierto que a priori, resulte injusto que vaya a prisión un tío o incluso la abuela del menor, en caso de incumplimiento.

Este artículo se hacía extensivo a los obligados subsidiarios, los cuales podían sufrir las mismas consecuencias que los obligados principales mencionados en este artículo. Sin embargo, al entrar en vigencia el nuevo Código de Procesos, se elimina definitivamente la prisión para los subsidiarios, quedando la medida cautelar solamente para los progenitores.

Desde el año 2009, la legislación ecuatoriana contemplaba el apremio personal, es decir, la prisión por hasta 6 meses, para los obligados subsidiarios.

Durante los 6 años de vigencia que llevaba la norma, se han registrado varios casos en los que los familiares del deudor son detenidos; sin embargo, a través de un debate legislativo en la Asamblea Constituyente, se derogó la ley que permite que vayan a la cárcel los obligados subsidiarios⁵⁷. ¿Por qué esta resolución? En la Asamblea indican que las reformas permiten procesos más rápidos en materia judicial, la supresión de trámites y la instauración de normativas “más humanas”, entre ellas, la eliminación de las medidas de

⁵⁷ “Código eliminaría prisión para familiares por pensión alimenticia”, El mercurio, (Cuenca), 2ª. Ed., 23 de febrero 2015.

apremio para los abuelos y tíos subsidiarios en juicios de alimentos⁵⁸. Uno de los argumentos a tomar en cuenta es que al darse el apremio personal a los obligados subsidiarios, se afectan derechos garantizados en la Constitución, algunos de manera directa y otros no; pero, principalmente, entre los más afectados estaría la seguridad jurídica.

En la actualidad el analizar él porque fue correcto o no suspender la medida de prisión a los subsidiarios, no tiene mayor sentido. Lo cierto es que hoy en día las medidas son otras, demostrando de esta manera la conciencia que se ha tomado acerca de castigar radicalmente a quienes de una u otra manera prestan ayuda a sus familiares.

La verdadera pregunta ahora, es ¿qué tan sencillo resulta defenderse en casos como estos en una audiencia única de alimentos y obtener por parte del juez una resolución que deje a ambas partes, tanto demandado como demandante, conformes con la misma; sin que se imponga de manera rígida y sin dejar margen de discusión, el interés superior del menor?

2.7 Audiencia única en materia de niñez y adolescencia

Ahora bien, una vez establecido qué se entiende por deuda, así mismo que es una obligación subsidiaria, cuál es el contenido del derecho de alimentos, a quiénes se considera como obligados principales y a quiénes como subsidiarios, corresponde explicar cómo se llevan a cabo las audiencias en materia de niñez y adolescencia, siendo este punto en particular, medular para el planteamiento del problema, que es, el cómo se enfrenta el principio de interés superior del menor, con los derechos constitucionales de los subsidiarios, así como también cómo resuelve el juez una vez que el problema es planteado en una demanda.

Una vez que ha sido planteada la demanda, asumiendo lógicamente se ha procedido a la citación del demandado y se han presentado las pruebas de rigor de las dos partes, y habiendo llegado la etapa procesal oportuna, se da la audiencia única.

El Art. 147.15.-. Enumerado 37 establece:

⁵⁸ Asamblea Nacional del Ecuador, se eliminará apremio personal para subsidiarios, <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/se-analizan-cambios-en-pensiones>.

La audiencia será conducida personalmente por el Juez/a, quien informará a las partes sobre las normas que rigen la fijación de las pensiones alimenticias, subsidios y Consultora y Aseguradora del Pacífico CAP www.consultorasdelecuador.com beneficios, y su cumplimiento; se iniciará con la información del Juez/a al demandado sobre la obligación que tiene de proveer los alimentos para cubrir las necesidades señaladas en el artículo innumerado 2 de esta ley; sobre las consecuencias en caso de no hacerlo; sobre la obligación que tiene de señalar casillero judicial o dirección electrónica para futuras notificaciones; y acerca de sus obligaciones que incluyen la provisión de cuidado y afecto. Estas indicaciones en ningún caso constituyen prevaricato por parte del Juez/a.⁵⁹

En otras palabras, la audiencia es ligeramente más informal que la audiencia en estrados; sin embargo, es de igual importancia. Una vez que la misma comienza, son las partes a través de sus abogados quienes argumentan sus puntos para defender sus respectivas posturas, y es aquí donde comienza a evidenciarse una postura clara por parte del juez en el caso de obligados subsidiarios.

Sin la intención de asegurar que el juez tiene una decisión previa al inicio de la audiencia, es casi inequívoco el hecho de que se va a fijar una pensión alimenticia al obligado subsidiario en caso de que el principal no pueda cumplir con su obligación, más allá de las posibles pruebas a presentarse dentro de la audiencia por parte del obligado subsidiario.

Esta postura ¿tiene que ver con una arbitrariedad del juez?, en principio no, para la fijación de alimentos, las pensiones alimenticias mínimas, se regulan de conformidad al Código de la Niñez y Adolescencia reformado, cuyo resumen constituye la tabla de pensiones vigente, en la cual se determinan los porcentajes necesarios para hacer un cálculo del proporcional mínimo de las pensiones, tomando en cuenta el ingreso bruto del alimentante, la edad de los alimentados y el número de hijos; además, en la resolución, se hace constar el porcentaje del ingreso bruto estimado como consumo promedio de un adulto, es decir, valores que serán a criterio del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia suficientes para cubrir las necesidades del menor.

Más allá de la existencia de una tabla donde constan los valores a pagar dependiendo de la capacidad económica del demandado, que puede ser para muchos justa

⁵⁹ Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Registro Oficial 737, (Enero del 2003), Art. 147.15 enumerado 37.

o no, lo cierto es que en estos casos en particular, se fijará de forma irremediable una pensión de alimentos, lo cual podría decirse que no constituye el problema más grande.

Lo resaltado desde el principio de este trabajo, es que, como intentaré demostrar oportunamente, el juez más allá de hacer un análisis que ponga en una balanza los derechos de unos y otros para llegar a un acuerdo, se impondrá de forma irrevocable la figura del interés superior del niño, dejando de lado una posible defensa de los derechos de estas personas. Es verdad que la ley faculta a los jueces a que establezcan una pensión, pero la verdadera pregunta es si ello les faculta de igual manera o no, el hacer un análisis más profundo de cuál es la situación de estas personas, y si esto podría llegar a afectarlos.

El caso de subsidiaridad es solo uno de los casos en los que podría tornarse absoluto el interés superior del menor, hay muchos otros como tenencia, o patria potestad donde es el juez el que decide a criterio personal, quien es el más apto para ser padre a tiempo completo.

Esta tesis tiene el objetivo de plantear como elemento auxiliar al momento de resolver conflictos en esta materia, el uso racional de la ponderación, y así mejorar las futuras resoluciones, no solo en materia de subsidiaridad, sino también en todos los ámbitos de Niñez y Adolescencia, misma que sería más objetiva y permitiría no solo que abogados en libre ejercicio puedan encontrar en las resoluciones una mejor y más conveniente decisión, y que jueces de familia reduzcan de manera significativa la llamada discrecionalidad que puede tornarse abusiva, sino también que aquellos que han sido llamados a defender su postura en audiencia, encuentren argumentos que les permitan creer realmente que han sido tomados en cuenta, sus derechos y los de sus familias.

3. Ponderación

Uno de los temas a tratar dentro del ámbito constitucional definitivamente es aquel que hace referencia a la ponderación, “considerada como un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de los conflictos surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango”⁶⁰, existen varias discusiones teóricas que se

⁶⁰ Colegio de profesionales en derecho A.C, <http://colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com/2011/07/el-juicio-de-ponderacion.html>, Consultado: 15 de septiembre del 2015.

centran en la aplicación como método racional o no de esta herramienta, como el planteado por Prieto Sanchíz y García Amando.⁶¹

El punto de este trabajo no se trata de analizar qué tan eficiente es la aplicación práctica de esta herramienta, ya que particularmente estoy de acuerdo que, aunque no es del todo perfecta, es lo que jueces y juriconsultos usan en casos como los que plantearé a continuación, donde también es importante resaltar que quienes la critican no han planteado tampoco un método que sea más efectivo que la ponderación; sino más bien, el demostrar porqué puede ser útil en la resolución de conflictos en materia de niñez y adolescencia.

3.1 Concepto de ponderación

Para entender a la ponderación como técnica de reducción de la discrecionalidad abusiva para el ejercicio de la función jurisdiccional en el ámbito de niñez y adolescencia, es necesario exponer de qué se trata y como está configurada. Evidentemente al ser tan extensa no solo su discusión en aspectos de estructura, sino también de sus límites, la finalidad de este punto es explicar de forma simplificada los elementos que la componen, para explicar en un tramo más adelante como se puede la puede aplicar a los casos concretos.

Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante subsunción, mientras que la manera de aplicar principios radica en la ponderación. De acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que establecen que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes”⁶².

Para establecer esa “mayor medida posible” en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario. En esta constelación, todos los principios están en colisión. Aquello se hace efectivo cuando existe

⁶¹ Véase, Carlos, Bernal Pulido, *El neocostitucionalismo a debate*, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedraita, (Colombia, 2006).

⁶² Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo), (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989), 86.

la llamada colisión de principios, es decir, cuando en un caso en concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, mismas que pueden ser propuestas para solución del caso⁶³.

Se presenta una colisión entre principios, por ejemplo, en el caso que nos ocupa en materia de Niñez y Adolescencia, cuando una persona es demandada subsidiariamente por su cuñada, por una deuda alimenticia para mantener a su hijo, pero esta gana un sueldo básico y tiene que mantener, de igual manera, a sus cuatro hijos y a su esposa. La ley, particularmente, el artículo 129 del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador faculta que la demandante haciendo uso del interés superior del menor enunciado en el Art. 44 de la Constitución, demande al subsidiario el pago de una pensión; pero el demandado, alega en juicio, que de fijarse una pensión, sus hijos tendrían que ir a diferentes escuelas de las que estaban asistiendo, afectando su interés superior que consta en los artículos que mencioné anteriormente; además su buen vivir que consta en el Art. 14 de la Constitución, pues de fijarse la mensualidad a pagar, posiblemente su capacidad adquisitiva disminuiría y no podría pagar por ejemplo el arriendo y por lo tanto quedarían sin hogar.

Puede en principio parecer un ejemplo exagerado, pero la realidad presenta estos casos con diferentes variantes día tras día. La ponderación entonces, se presenta como la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*; para tal fin, la ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de principios jurídicos que tomando en cuenta su jerarquía, resuelva todas las posibles colisiones entre ellos, sino más bien se presenta como una estructura compuesta por tres elementos que mencionaré a continuación, para determinar cuál de los principios debe primar para dar solución al caso concreto.

Por tanto, se puede concluir que la ponderación es considerada como un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de los conflictos, surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango, y que por lo tanto, exigen ser

⁶³ Carlos Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*, (Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2003), 163

realizados en la mayor medida posible atendiendo a las posibilidades materiales y jurídicas⁶⁴.

3.2 Estructura de la ponderación

Robert Alexy, máximo exponente de esta teoría, sostiene que para poder establecer una relación de precedencia condicionada entre principios en coalición, es necesario tomar en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: ley de la ponderación, fórmula de peso y las cargas de la argumentación.

3.2.1 Ley de la ponderación

Según esta ley, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁶⁵, si se toma en cuenta esta ley, la ponderación puede entonces dividirse en tres pasos que claramente los divide Alexy:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no afectación o de la afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no afectación del otro⁶⁶

Lo importante de lo mencionado anteriormente consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción del primer principio y de importancia en la satisfacción del segundo principio. Otra de las cosas a tener en cuenta dentro de lo que sostiene Alexy es que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica o de tres intensidades. Desde esta perspectiva el grado de afectación de un principio puede ser, “leve”, “medio”, o “intenso”.

La importancia de los principios en colisión en relación al peso concreto no es la única variable relevante en la ponderación. La segunda variable es el llamado “peso

⁶⁴ Colegios de profesionales en Derecho A.C, “El juicio de la Ponderación”, <http://colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com/2011/07/el-juicio-de-ponderacion.html>, consultado 8 de noviembre 2015

⁶⁵ Carlos, Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*, (Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2003), 161

⁶⁶ Robert, Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Por Carlos Bernal Pulido, REDC, núm. 66, 2002, 32.

abstracto” de los principios relevantes. Este peso abstracto puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. De este modo, por ejemplo, puede sostenerse que el principio a la protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad, por la lógica razón que para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo.

A lo anterior debe sumarse una variable S, que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto.

3.2.2 La fórmula del peso

Esta fórmula tiene la siguiente estructura⁶⁷

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{Pia} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

La fórmula establece que el peso concreto del principio Pi en relación con el Pj en cierto caso, deriva del cociente entre; por una parte, el producto de la importancia del principio Pi, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio Pj, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. En este caso Alexy sostiene que es posible atribuir de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2°, es decir 1, medio 2(1), es decir 2; y grave 2(2) es decir 4.

De esta forma en resumen, es posible mediante la aplicación de este método, darle valores numéricos a la fórmula de peso, y determinar el “peso concreto” del principio Pi en relación del principio Pj en el caso concreto.

⁶⁷ Robert, Alexy, *Die Gewichtsformel*, en Joachim Jickeli et al, Edit Gedachtnisschrift fur Jürgen Sonnenchein, De Gruyter, Berlin, 2003, 88.

3.2.3 La carga de la argumentación

Finalmente, tenemos lo referente a la carga de la argumentación, que opera únicamente cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, un empate entre ambos principios, es una carga de argumentación a favor de la libertad y seguridad jurídica. El principio “in dubio pro libertate”⁶⁸ expresaría el significado de esta carga de argumentación. En palabras simples, los empates deben favorecer siempre a la libertad y rigurosidad jurídica.

3.3 Ponderación de derechos en estricto sentido

Explicada de forma sintetizada de qué trata la ponderación y cuáles son los elementos de su estructura, ahora conviene hablar de qué pasaría en el caso de principios en sentido estricto, es decir cómo se desarrollaría la ponderación en casos de Niñez: se determina que en un caso en concreto (caso de subsidiaridad enunciado líneas atrás), existen varios principios en contradicción que no es posible satisfacer simultáneamente.

Tendría entonces que establecerse, cuál de los principios en pugna antes mencionados, tiene primacía de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, y a su vez, que las razones sean expresadas. Lo que pasaría normalmente, es que a partir de aquello se generaría una regla de acción, que implica un deber determinado, y se realizaría la subsunción correspondiente (por ende prevalecería el interés superior del menor sobre otros intereses), resolviéndose el fijar una pensión aunque aquello desemboque en una afectación de derechos del demandado y el de su familia.

Lo que se propone en este trabajo investigativo, es tener a la ponderación de derechos como un elemento auxiliar al momento de resolver conflictos, poniendo además especial atención a lo que muy bien explica la Observación General No 14 del CRC.⁶⁹

La gran interrogante que se planteó en esta investigación; es cómo reducir la discrecionalidad del juez al momento de aplicar el interés superior del niño. Previamente

⁶⁸ Robert, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, REDC, núm. 66, 2002: 33.

⁶⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

expliqué que la idea de determinar del todo el concepto, no es la propuesta más adecuada, pero si el tratar de conceptualizarlo dependiendo cada caso en concreto, y quizás la respuesta se encuentre en la propia Observación No. 14 en algunos de sus párrafos.

Acerca del interés superior del niño, la Observación General 14 del CRC en su párrafo 34 se reconoce expresamente lo siguiente: La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia⁷⁰.

En este caso se reconoce de forma expresa que el interés superior, tiene como cualidad, que es flexible y puede adaptarse a situaciones diversas, pero también, es posible que pueda ser objeto de manipulación no solo por los particulares, sino también por autoridades para sus propios intereses. Por ello, la propuesta va encaminada más, hacia algo que la misma Observación No. 14 planteó ya hace mucho tiempo y más bien sería como un recordatorio a lo ya expuesto.

En el título V de la Observación General No. 14 referente a la evaluación y determinación del interés superior del niño, se sostiene, que para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación:

En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás⁷¹. En este párrafo subyace claramente la plena concepción de que, para poder tomar una decisión de cualquier tipo en materia de niñez, es necesario determinar elementos pertinentes que, posteriormente, lleven hacia una ponderación sobre los demás, esto expresa claramente que el interés superior más que ser un principio demoledor frente a otros, tiene que hacer valer

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibidem párrafo 46

sus características a partir de un método que permita de manera racional explicar por qué debe prevalecer éste y no otro. Así mismo, el párrafo 47 del mismo texto manifiesta: que la determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único.

Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí. Para los niños en general, la evaluación del interés superior abarca los mismos elementos.

Lo que se propone, es la utilización de una herramienta de interpretación al momento de resolver conflictos, o casos difíciles en materia de subsidiaridad, que como veremos con la exposición de casos más adelante, pueden tornarse más complicados de lo habitual.

A primera vista entonces, no se trata de justificar al interés superior del menor como un principio con más problemas que virtudes, sino más bien, de deconstruirlo hasta evidenciar ciertas falencias, que ya han sido expuestas por varios autores con antelación, y de esta manera, encontrar una mejor alternativa al momento de resolver conflictos, que no sirvan, únicamente, en materia de subsidiariedad que fue el reto de este proyecto al momento de ponerlo como ejemplo, sino más bien el encontrar en las resoluciones una motivación y, consecuentemente, una argumentación adecuada por parte del juez que permita evitar la discrecionalidad excesiva de este.

CAPÍTULO II

2. EL ROL DEL JUEZ

Como es sabido por quienes ejercen el derecho, en todo juicio que inicia, intervienen, por un lado, sujetos principales que cumplen un rol preponderante en el desarrollo de la relación jurídico procesal; y por otro sujetos auxiliares, que aunque no cumplen una función de mayor trascendencia ni continua como los primeros, contribuyen indudablemente al desarrollo ordenado de los actos que forman la relación procesal para el cumplimiento de las solemnidades y formalidades propias de un debido proceso.

Entre los primeros tenemos al juez y a las partes procesales, actor y demandado, quienes componen la relación jurídico procesal triangular⁷², estos últimos son quienes tienen interés inmediato en el proceso. A su vez, son sujetos auxiliares aquellas personas subalternas al juez, o también funcionarios públicos y particulares que ya de forma regular u ocasional, intervienen por mandato legal o requerimiento de parte, cumpliendo actuaciones previstas en la ley, como abogados, secretarios, oficiales mayores de la policía. Todos cumplen un cierto rol y colaboran para que dentro de un juicio las cosas sean llevadas de manera ordenada y armónica; obteniendo de esta forma un resultado que sea favorable para las partes, y consecuentemente deje en alto el nombre de la justicia.

En este capítulo, es necesario concentrarnos en el rol que desempeña por el juez, principalmente, porque sobre él recae la responsabilidad no solo de dirigir de forma proba el actuar del proceso, sino porque también de él depende que la sentencia o resolución en materia de niñez, tenga los argumentos necesarios para sustentarla.

Previo al análisis de lo que implica el rol del juez en materia de derecho de familia, y cuál es el desafío que tiene el mismo, al momento de hacerle frente a situaciones que implican confrontar al interés superior del niño como concepto indeterminado frente a otros derechos, es necesario abordar el tema de cuál es el papel del administrador de justicia dentro del nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia en nuestro

⁷² Adolf, Watch, *Manual de derecho procesal Civil*, Tomo I, traducción Tomas A. Banzhaf, Estudio preliminar Niceto Alcalá Zamora y Castillo, (Europa-América, Buenos Aires, 1977)

país, donde indudablemente, ha cambiado el rol del magistrado como explicaré a continuación.

2.1 El Juez en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia

El vocablo juez deriva del latín *jus* y *dex*, que significa vindicador del derecho⁷³, por lo que etimológicamente se puede entender que el juez es aquel sujeto que en nombre del Estado soberano, reivindica y da el derecho a quien le corresponde; por tanto, es quien restablece el orden jurídico y social, con paz y justicia.

Aristóteles decía que “Ir al juez es ir a la justicia, porque él representa la justicia viva y personificada”⁷⁴, Montesquieu se refería al juez como “...La boca que pronuncia las palabras de la ley”⁷⁵, como simple aplicador de la ley en el caso en concreto. En contra de los malos jueces Seneca sentenciaba que, “no hay diferencia entre un Juez malvado y un juez ignorante”. Es de esta manera como se pronunciaban algunos personajes históricos acerca del juez, algo que denota la relevancia que tuvo en aquellas épocas y que aún tiene en la nuestra.

Históricamente y por su forma de actuar, se han distinguido varios tipos de jueces. Uno autoritario y omnipotente, aquel que con prepotencia impone, y su voluntad esta incluso por encima de la ley, aquel fuerte con los débiles y débil con los fuertes⁷⁶, de disciplina rígida en el cumplimiento del orden procesal y del formalismo, pero de profundas deficiencias en el análisis y decisión de los asuntos de fondo. El segundo, que actúa solo a petición de parte; es un ausente del proceso, es el convidado de piedra⁷⁷, el juez sentenciador, aquel que solo actúa a impulso o empujón de parte; aquel que recién se entera de las contingencias del proceso cuando luego de reiteradas insistencias de parte y de un injustificado largo tiempo de sustentación, pide autos para sentencia. En ambos casos hablamos de jueces procedimentalistas, aplicadores mecánicos de la ley, directores formales del proceso y, consecuentemente, esclavos de las formas, con una visión privada

⁷³ Guillermo, Cabanellas Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (12ª Edición, Buenos Aires, 1997).

⁷⁴ Ingemar, Düring, *Aristóteles: exposición e interpretación de su pensamiento*, (México, Universidad de México, 2001).

⁷⁵ Manuel Santaella López, *Montesquieu, el legislador y el arte de legislar*, (Madrid, UPCO, 1995). 56.

⁷⁶ Luis Arroyo Zapatero y Otros, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, (España, Universidad la Castilla, 2003), 45.

⁷⁷ Marcelo Sebastián, Midon, *Derecho probatorio Parte General*, (Jurídica Cuyo).

del proceso que consideran un instrumento al servicio de los particulares; jueces cultores del principio y sistema dispositivo, que no actúan de oficio por temor a que se les acuse de prevaricato, que resuelven únicamente sobre las pruebas de las partes, muchas veces insuficientes, falsas o distorsionadas, que desconocen que, en la norma se encuentran principios y valores, es decir, jueces carentes de nociones sobre Argumentación Jurídica. Profesionales jueces pero no jueces profesionales, que obran subjetivamente, por intuición o por sentido común, que no tienen visión ni conciencia social del proceso, menos de los intereses que en él se debaten, ni de la esencia de su función.

La visión de los dos primeros tipos de jueces esta forjada por una histórica forma de administrar justicia que no solo se vivió en nuestro país, sino alrededor del mundo, donde primaban intereses particulares que estaban muy alejados de los ideales de justicia y equidad social.

El tercero es el nuevo juez con visión constitucional y conciencia social del proceso, un juez director del debido proceso, que actúa a petición de parte pero también oficiosamente en ejercicio de sus poderes-deberes, particularmente en el campo de la prueba en miras a obtener la verdad como medio para llegar a la justicia; un juez garantista del Estado garantista de derechos y justicia⁷⁸. Un juez que sabe observar las formas en medida que no afecten al conflicto de fondo, que no sacrifica la justicia por la omisión de formalidades, jueces administradores del proceso pero principalmente administradores de justicia, que entre sus herramientas de uso diario están la lógica formal pero también dialéctica⁷⁹ para resolver el conflicto sobre bases certeras de argumentación jurídica; que dispone correctivos y sanciones, por lo que incorpora además criterios de moralidad y ética en sus decisiones.

Su acceso a la judicatura hoy en día, les impone especialización, experiencia, conocimientos profundos del derecho, por lo que debe ser formado en escuelas o academias judiciales, para cuyo ingreso debe cumplir con un currículo no solo profesional, sino también ético, a más de un perfil psicológico que garantice, igualdad, imparcialidad, verdad, aptitudes físicas entre otros, situación que desde el 2008 se viene implementando

⁷⁸ Xavier Zabala Egas, *Apuntes sobre Neo constitucionalismo, Acciones de Protección y Proceso Constitucional*, 2009.

⁷⁹ Henri Lefebvre, *Lógica Formal, Lógica Dialéctica*, (España, Siglo veintiuno de España editores, 1970)

con la creación de la escuela judicial, que trata de garantizar que estos presupuestos se cumplan.

Como se ha expuesto, es evidente que se ha dado una transformación del rol del magistrado en la administración de justicia, situación que es palpable en los juzgados y en el ejercer diario de la profesión, sin embargo, aunque el modelo planteado con anterioridad es uno ideal, es innegable que en ciertos casos sigue existiendo una administración de justicia deficiente; donde prima la discrecionalidad misma que puede tornarse abusiva.

2.2 Discrecionalidad del juez

Después de exponer en síntesis, como debe actuar el juez en el nuevo Estado Constitucional de derechos y justicia social planteado en la Carta Magna del año 2008 Montecristi; es necesario analizar como obra el juez en materia de niñez y adolescencia, particularmente al momento de hacer uso del interés superior del niño como concepto indeterminado en los casos que implican a terceras personas como obligados subsidiarios.

A nivel doctrinario, no se discute la importancia del interés superior del niño, sin embargo, existen obvias discrepancias sobre su alcance y contenido por su carácter de concepto jurídico indeterminado, lo cual como consecuencia, podría llevar al magistrado a incurrir en el uso abusivo del principio, pero ¿qué es, y cuál es la diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad abusiva? Por discrecionalidad se puede entender a la imposición de preferencias, creencias o valores de los jueces en asuntos que conocen y deben resolver, aprovechando ese margen que les concede el concepto de jurídico indeterminado que vendría a ser el interés superior del niño⁸⁰.

Por otro lado, la arbitrariedad es un término que ha evolucionado su significado, ampliando extraordinariamente su campo semántico, y por ello ha estado sujeto a una pluralidad de significados heterogéneos⁸¹. Se dice que, es a partir de Locke, cuando “arbitrario” comienza a ser equivalente a despótico, tiránico, o manifestación del poder absoluto.

⁸⁰ Farith Simón Campaña, *Interés Superior del niño, técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*, (Quito, Iuris dicto, 2014), 16.

⁸¹ María José Alemán Pardo, *Acerca de las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la administración*.

Podríamos decir entonces que, en la actualidad, el concepto de arbitrario aunque mantiene una connotación peyorativa, se entiende más bien como acto injusto, o acto inmotivado, contrario a derecho, lo que desemboca inevitablemente en una decisión carente de argumentos válidos. Obviamente por lo dicho, no es posible concebir que hoy por hoy un juez actúe bajo esos parámetros, ya que a más de poder acudir a una instancia superior para subsanar dichos problemas en caso de presentarse, también es posible que de obrar con esa conducta, el juez este sujeto a destitución.

Lo que ocupa al presente trabajo no es un escenario de posible arbitrariedad por parte del juez, sino más bien que el mismo incurra en discrecionalidad abusiva, pero para entender aquello es necesario primero centrarnos en la definición de que se entiende por discrecionalidad.

A discrecionalidad se la puede entender como “la libertad de elección entre alternativas igualmente justas”⁸². Por esto, se deduce que los jueces tienen un margen de apreciación al momento de tomar decisiones, por ejemplo al valorar una prueba, o como es el caso, a interpretar el alcance del interés superior del menor.

Una primera aproximación, nos permitiría definir a la discrecionalidad como la facultad de quien administra justicia, de actuar libremente cuando la ley le habilita para ello, es decir que el juez haciendo uso de la ley y “las reglas de la sana crítica, que no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”⁸³, pueda tomar decisiones que le permiten obrar con un cierto nivel de discrecionalidad, lo cual es admisible por el rol que cumple el magistrado.

Esta preocupación del posible uso de forma abusiva del interés superior, por parte del juez al momento de emitir una resolución para dar por terminada una controversia en derechos de familia, se ha manifestado en varios sectores de la doctrina; tanto latinoamericana como anglosajona. El interés superior del niño, permite a los jueces imponer sus criterios y valoraciones personales en los casos que sean de su conocimiento,

⁸² J. Moreno- Torres Sánchez, *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, (Pamplona, 2009)

⁸³ Hugo, Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1956): 760

que aunque no lleguen a la arbitrariedad, su aplicación, genera ciertos atropellos contra otros derechos, lo que puede considerarse como discrecionalidad abusiva.

Para que aquello no acontezca, se planteó como posible solución al problema, la ponderación como herramienta auxiliar en caso de conflictos de difícil solución, pero no es el único elemento importante, sino también es necesario que se elabore por parte del juez una resolución motivada y coherente, que haga uso de la argumentación jurídica, y que justifique de forma proba, por qué el derecho del menor debe prevalecer o no, sobre otros derechos que pueden considerarse de igual jerarquía.

2.3 El deber de motivar

Uno de los aspectos más importantes dentro de una sentencia o resolución es la motivación, misma que constituye la parte medular a través de la cual el juzgador da las explicaciones que justificarán su fallo. Nuestra Constitución en su art. 79 numeral 7, literal l) manifiesta:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.⁸⁴

La motivación, no es elemento exclusivo de un solo ámbito en el derecho, todo lo contrario, debe estar presente en todas las sentencias y resoluciones emitidas por los jueces, lo que hace que sea una tarea obligatoria al momento de dar por terminado un conflicto.

La motivación no implica únicamente un expediente explicativo, fundamentar una decisión es diferente a explicarla. Mientras que para fundamentar es necesario justificar los motivos que conducen a un razonamiento, mediante el examen de los presupuestos fácticos

⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], cap. Octavo, “Derechos de protección”, art. 76, ([Quito]: Asamblea Nacional. Comisión legislativa y legislación, sf), 36.

y normativos; para explicar se requiere solo de una simple indicación de los motivos o antecedentes causales de una acción⁸⁵.

En este sentido, José María Asensio, refiriéndose a la motivación de la sentencia en la legislación española, manifiesta que en el relato fáctico no sólo debe incorporarse la narración de los hechos y la enumeración de las pruebas, sino también los motivos y razonamientos que han conducido al juez a dictar su fallo⁸⁶. Con lo dicho se puede concluir que en cuanto a su concepto: “La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión”⁸⁷.

La motivación, adicionalmente, no es un simple requisito formal sino que constituye una verdadera garantía de defensa y requisito indispensable, mediante el cual los administrados pueden conocer las razones que justifican el actuar del poder público⁸⁸.

En definitiva, la motivación de la sentencia es la fuente principal del control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad, es proporcionar una garantía y evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad mencionado en líneas anteriores, es decir, que el razonamiento carezca de todo fundamento o peor, sea erróneo.

En Ecuador, en materia de niñez y adolescencia, referente a la fijación de pensiones alimenticias, los jueces de familia emiten resoluciones, a diferencia de las comúnmente conocidas sentencias; y es porque existe un sustancial contraste entre una y otra, a diferencia de la sentencia, las resoluciones no causan ejecutoría, lo cual significa que no son decisiones fijas, es decir pueden someterse a ciertos cambios si dentro del proceso existen variables de índole económica de ser el caso, por ejemplo si un padre de familia pierde su trabajo y como consecuencia deja de percibir un sueldo fijo, ello lógicamente cambiaría su situación económica y como resultado de ello se podrá pedir una rebaja de pensión, o por el contrario su situación económica mejora, razón por la cual la madre de sus hijos estaría en todo el derecho de pedir el alza de la pensión.

⁸⁵ Carla Espinosa Cueva, *Teoría de la resolución y jurisprudencia de casación y electoral*, (Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2010), 50

⁸⁶ José María Asensio Mellado, La Prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2 (Constitución Española), en: Revista del Poder Judicial, 4/1986: 4,

⁸⁷ Fernando De La Rúa, *Teoría general del proceso*, (Desalma, Buenos Aires, 1991), 67.

⁸⁸ Claudia Storini y Marcos Navas, *La acción de protección en Ecuador, Realidad jurídica y social*, (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 45.

El hecho de que se pueda modificar la resolución en caso de que existiese uno de los incidentes mencionados líneas antes, no significa que la decisión en esos casos sea menos importante que en otras materias, por ello, la motivación tiene que estructurarse a base del derecho y apegada a la ley como en el caso de cualquier sentencia.

2.3.1 Requisitos de la motivación

Nuestra Constitución como las demás leyes supletorias, doctrina y jurisprudencia, han insistido en que las decisiones tomadas por los jueces guarden coherencia y armonía con la finalidad de emitir una resolución que sea justa y resuelva un conflicto, lo cierto es que en la práctica se vive un escenario de escepticismo hacia ciertas decisiones emitidas por parte de las autoridades que administran justicia, y aunque es innegable el esfuerzo por mejorar esta situación, no es menos cierto que existe un exagerado simplismo en ciertas áreas del derecho al momento de dar el último veredicto que puede resultar peligroso e irracional.

Frente a casos en los cuales solo existiría una aparente motivación, es necesario establecer determinados parámetros o exigencias mínimas en su contenido, mismas que puedan garantizar que la motivación, refleje un correcto uso de elementos jurídicos; como la argumentación jurídica y que a su vez, contenga las siguientes características: expresa, clara, completa, legítima y lógica⁸⁹.

2.3.1.1 Expresa

Este requisito, consagrado en el artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, nos dice que se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión, es decir, al momento de dictar sentencia, los juzgadores, deben señalar los fundamentos base que han servido de soporte para sustentar su tesis, sin remisión a otros actos procesales⁹⁰. Ello explica que no puede ser tácita ni darse por sobreentendida.

⁸⁹ Fernando, De La Rúa, *Teoría general del proceso*, (Buenos Aires, Depalma, 1991), 48.

⁹⁰ Carla Espinosa Cueva, *Teoría de la resolución y jurisprudencia de casación y electoral*, (Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2010), 63.

2.3.1.2 Clara

La motivación debe ser clara y examinable, expresando en forma comprensible los argumentos aportados para justificar su decisión, el juez no debe dejar lugar a dudas sobre las ideas que expresa. La motivación, al igual que toda la sentencia en conjunto, debe evitar expresiones ambiguas u oscuridad de conceptos, y procurar que el lenguaje utilizado, aunque técnico, sea totalmente exacto, de forma que no se preste a distorsiones o falsas interpretaciones⁹¹.

Esta exigencia se halla establecida en el artículo 275 de nuestro Código Civil. Así, por ejemplo, la motivación no es clara cuando no contiene en su redacción referencias concretas que permitan singularizar su razonamiento⁹².

2.3.1.3 Completa

Otra de las características importantes a resaltar es que debe ser completa, en consecuencia tiene que abarcar todas aquellas cuestiones referentes al fundamento de la decisión, tanto las de hecho como las de derecho.

Respecto de los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello debe emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica⁹³.

En relación con los hechos y las pruebas en autos, el juez además debe ser muy cuidadoso al momento de considerar cada una de ellas. Es necesario además evitar que la sentencia pueda resultar viciada por la ausencia de pruebas.

⁹¹ Levis Ignacio, Zerpa, La Motivación de la Sentencia Criterios de la Sala de Casación Civil, Conferencia dictada en las jornadas de Derecho Procesal José Rodríguez U, Revista de derecho No. 53, (Puerto de la Cruz, 1998).

⁹² Carla Espinosa Cueva, *Teoría de la resolución y jurisprudencia de casación y electoral*, (Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2010), 53.

⁹³ Fernando de la Rúa, *La Casación en el Derecho Positivo Argentino*, (Víctor P. de Zavallía-Editor, Buenos Aires, 1968), 53.

Para que la sentencia esté fundamentada en derecho, es imperioso demostrar que los hechos, cuya existencia resulte de la apreciación de pruebas, constituyan las hipótesis fácticas de las normas jurídicas aplicadas.

En resumen, para que la motivación sea completa, el juez debe demostrar los hechos y fundamentarla en derecho, para lo cual debe describirlos y luego calificarlos, subsumiéndolos en la norma jurídica.

2.3.1.4 Lógica

Por su parte, el requisito de lógica comprende la estructuración sistemática y ordenada de la decisión, en la cual las premisas sean establecidas en un orden lógico que permita al administrador de justicia emitir conclusiones razonables, que tomen como consideración los hechos puestos a su conocimiento, así como las normas pertinentes al caso concreto, y finalmente los juicios de valor que conforme los demás elementos se vayan desprendiendo a lo largo de la fundamentación. La consideración de todos estos elementos, estructurados de forma sistemática y ordenada, permitirá la emisión de una conclusión lógica final que guarde coherencia con las premisas señaladas⁹⁴.

2.3.1.5 Legítima

Por último, el juez debe basarse en pruebas legales y válidas. Debemos recordar que la valoración que hace el magistrado de estas pruebas tiene que ser total y sobre toda la prueba, pues la verdad a medias, es falsedad. El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil establece que: “Solo la prueba debidamente actuada, esto es, aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio”⁹⁵.

Para que exista legitimidad en motivación, la valoración de la prueba debe ser correcta; no debe ser absurda o arbitraria, respetando por una parte los principios de valoración y por otra las reglas de la lógica, entonces se puede concluir que existiría

⁹⁴ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0552-12-EP, Sentencia No. 063-14-SEP-CC (sentencia acumulativa), (9 de abril de 2014).

⁹⁵ Ecuador, Código de procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento, No. 58, (12 de julio de 2005), art 121.

ilegitimidad de la motivación cuando el juzgador prescinde de pruebas esenciales, analiza pruebas inexistentes o valora pruebas inválidas.

Sobre los cinco requisitos de la motivación se puede afirmar que el juzgador, al momento de expedir su resolución, debe tener en cuenta todos y cada uno de los aspectos enunciados con anterioridad, a fin de que sea válida; esto indudablemente reducirá el margen de error de una posible mala sentencia al momento de emitirla, lo cual puede dar como resultado una decisión arbitraria.

2.4 Argumentación jurídica

Otro de los elementos que garantizan la formulación de una correcta sentencia es por supuesto el uso de la argumentación. Argumentar es la actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar⁹⁶. En este orden de ideas, se puede afirmar que en la actividad argumentativa importa la exposición de un conjunto de argumentos (pudiendo distinguirse cada uno de estos), y también de conjuntos de argumentos para tomar decisiones parciales que constituyen las líneas argumentativas⁹⁷, todas ellas con la finalidad de sustentar o refutar una tesis.

En una argumentación puede distinguirse dos elementos: aquello de lo que se parte, las premisas; aquello a lo que se llega, la conclusión. También se distinguen los criterios que se emplean y controlan el paso de una a otra premisa, y de ésta a conclusiones parciales o a la conclusión final (decisión jurisdiccional)⁹⁸.

En una sentencia el juez debe desarrollar una argumentación coherente, a manera de un proceso que comienza con la formulación del problema y termina con una respuesta. El juez debe motivar o justificar su sentencia a través de la formulación de argumentos y mostrar de esta manera que la decisión que toma es justa, tanto juez como abogados argumentan en el decurso del proceso judicial, cada uno de ellos respondiendo a su misión

⁹⁶ Víctor Ticona Postiga, *La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa, cuadernos de investigación y jurisprudencia*.

⁹⁷ Alejandro Nieto, *El Arbitrio Judicial*, (Barcelona, Ariel, 2000), 55.

⁹⁸ Manuel Atienza, *Bioética, Derecho y Argumentación*, (Lima-Bogotá, Temis, 2004), 43.

dentro éste. Por otra parte, es necesario puntualizar que la doctrina propone tres concepciones de la argumentación jurídica: la formal, material y pragmática.⁹⁹

A breves rasgos, la argumentación formal es la característica de la lógica, que permite controlar la corrección de las inferencias, es decir, el paso de las premisas a la conclusión. La argumentación material, por otro lado, tiene por objeto establecer si existen razones fundadas para creer en algo, que estas razones sean de tal relevancia que conduzcan a una decisión acertada, y finalmente la argumentación pragmática se concibe como una interacción entre dos o más sujetos, es decir, que se argumenta para persuadir a un sujeto o a un auditorio.¹⁰⁰

En consecuencia, la motivación jurídica es la justificación de la decisión del juez, pero esta justificación se efectúa a través de la actividad argumentativa. La exigencia constitucional de motivar por escrito las resoluciones del juez se refiere indudablemente a la motivación jurídica, excluyendo a la motivación psicológica.

2.5 El rol del Juez para la aplicación del interés superior del menor en aplicación de la figura de subsidiaridad.

Como se ha planteado en un principio, la problemática principal se centra en la categorización del interés superior del menor; como concepto jurídico indeterminado, situación que en un supuesto, podría afectar derechos de otros miembros de la sociedad.

Ahora bien, en un afán de reducir la discrecionalidad al momento de tomar decisiones, se han planteado como posibles soluciones la ponderación, seguido del planteamiento de un correcto uso tanto de la motivación como de la argumentación jurídica, pero, ¿puede el juez a más de ello determinar racionalmente el interés superior del niño en un caso en concreto?, ¿para que serviría aquello? Pues bien al estar el interés superior del niño del niño, dotado de esa indeterminación resulta particularmente complicado enfrentarlo con algún otro derecho que les asiste a las personas, ya que este, al tener inmerso un cúmulo de derechos dentro de sí, resultaría vencedor la mayoría de las veces que se lo confronte con otros derechos, pensando en una posible igualdad de

⁹⁹ Ibíd.

¹⁰⁰ Gascón Aybellán, y otros. "*La Argumentación Jurídica*". (Lima, Palestra, 2005), 120.

condiciones siempre y cuando aquello sea necesario, ¿Qué tan importante es que el juez pueda determinar el interés superior del menor en cada caso?

Es necesario primero manifestar que los conceptos jurídicos indeterminados dan origen a especiales exigencias de aplicación y motivación por parte de los jueces, más aún cuando de su aplicación pueda originarse una restricción de derechos que como se enunció anteriormente, puede emplearse para limitar o restringir otros intereses en debate, o incluso pasar por alto derechos del menor mismo.

Es por tanto posible atribuir estos abusos u omisiones a los defectos de un sistema de justicia particular, donde jueces no han tenido la preparación suficiente para lidiar con la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, en general, los jueces no demuestran en que forma la decisión a tomar contribuye a la realización del interés superior del niño, ya que la práctica común, es mencionarlo para sustentar sus decisiones sin explicar de forma concreta la relación de la decisión con la consecución de los mejores intereses del niño¹⁰¹.

Esto evidentemente genera un problema, y no es solamente porque podría evidenciarse falta de motivación en la decisión, sino porque esa misma falta de motivación podría desembocar en una aplicación abusiva del principio, ya que en muchas de las resoluciones a la hora de fijar alimentos se usa permanentemente el interés superior del niño, sin explicar en qué consiste, y como consecuencia, se incurre en decisiones discrecionales excesivas e incluso contradictorias como se demostrará más adelante.

El interés superior del niño más allá de su caracterización como principio directriz, al ser un concepto jurídico indeterminado, es considerado como instrumento para lograr una “justicia más particularizada y es un elemento cambiante, modificable, evolutivo, todo de acuerdo con las circunstancias”¹⁰², o al menos es uno de los argumentos a favor, pero a la par de sus ventajas, se presentan algunos riesgos en especial esa tan mencionada afectación de derechos de terceros y por ende a la seguridad jurídica.

En relación a las preguntas planteadas, con seguridad se puede decir que en la praxis resulta muy complejo que el juez pueda determinar racionalmente el interés superior

¹⁰¹ Luis Pásara y Albuja Ponce, *La pensión de alimentos en las resoluciones judiciales ecuatorianas*, publicado en Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia, (Quito, Ministerio de justicia, 2010), 43.

¹⁰² D. Antonio, *Convención sobre los derechos de los niños*, (Buenos Aires, Astrea, 2001), 55.

del menor en un caso concreto, y es por el hecho de que iría en contra de su carácter de indeterminado, ya que esta indeterminación como se analizó previamente es algo buscado por el legislador y no por un defecto del ordenamiento jurídico¹⁰³.

Afirmar que la apreciación del principio en un caso en particular debe hacerse en función de una finalidad, lleva inmerso otras dificultades resultando que muchos otros derechos estén formulados en términos abstractos, aunque podría resultar útil que el juez determine racionalmente el interés superior del menor para cada caso en concreto, está claro que por así facultar la ley, prefiere estar apegado a la ella y aplicar el principio de forma rígida sin observación alguna.

Lo dicho no estaría enmarcado dentro de un margen de arbitrariedad que fuera preocupante, pero es obvio que existen casos que requieren un análisis más arduo por parte del magistrado; que demandan una interpretación más racional del principio, casos que podrían llamarse difíciles, donde es necesario establecer él por qué debe primar el interés del menor sobre otro derecho y no simplemente enunciar el principio y suponer de ante mano que lo que se pretende es la protección del menor.

2.6 La obligación de motivar y argumentar decisiones en juicios de alimentos a subsidiarios

Recapitulando aspectos ya expuestos, se han explicado entre otras cosas como ha variado el papel del magistrado dentro de los juicios con el pasar del tiempo, así como de qué se trata y cuáles son los requisitos de la motivación, además, cómo debe operar la argumentación jurídica dentro una sentencia emitida, para de esta manera poder evitar la discrecionalidad de decisiones que en algunos casos puede tornarse excesiva.

Tanto argumentación como motivación, fueron expuestos como aspectos fundamentales dentro de un juicio, y más aún, al momento de emitir una decisión, siendo trascendental para el entendimiento de este punto en particular, donde nos centraremos en el rol que desempeñan estos requisitos aplicados concretamente en la emisión de

¹⁰³ Farith Simón, Campaña, *Interés Superior del niño, técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*, (Quito, Iuris dicto, 2014), 69.

resoluciones relativas al juicio de alimentos en contra de subsidiarios, en el cual como es lógico está inmerso el interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado.

El Comité de Derechos del Niño, considera que una de las salvaguardas que deben establecerse para asegurar y demostrar que dentro de un juicio de alimentos se ha respetado el interés superior del menor de forma proba sin vulnerar derechos a terceros, más allá de cualquier aplicación que resulte excesivamente discrecional, es la correcta administración jurídica, para ello cualquier decisión sobre el niño o niños debe estar motivada y explicada¹⁰⁴.

A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño y que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño¹⁰⁵.

Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular¹⁰⁶.

Finalmente es necesario hacer hincapié en ciertos elementos. Primero; se puso a consideración en principio el cambio de rol que debió afrontar el juez con el paso de los años, pasando por jueces aplicadores de la ley y ausentes del proceso a magistrados con visión constitucional y conciencia social del proceso, jueces directores jurídicos del debido

¹⁰⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (párrafo 97).

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*

proceso, que actúan a petición de parte y oficio cumpliendo con el principio de celeridad, situación que cambio dado del nuevo paradigma constitucional.

Posteriormente, como se ha manifestado a lo largo de este trabajo de investigación, la aplicación de interés superior puede resultar en exceso de discrecionalidad por parte del juez, ya sea por la falta de preparación de los mismos al momento de aplicar el principio o por su condición de concepto jurídico indeterminado.

Se planteó además a la ponderación, la argumentación y a la motivación; como instrumentos para la reducción de la discrecionalidad, ya que forman parte importante dentro de todo juicio que inicia, no solo porque garantiza que la sentencia tenga elementos de convicción que permitan una decisión acertada, sino también porque garantiza seguridad jurídica.

Una vez establecido aquello, fue necesario mencionar cómo esos elementos pueden ser de ayuda en materia de Niñez una vez que se fija una pensión alimenticia, haciendo mención a que el juez puede, de ser el caso, intentar determinar racionalmente el interés superior del niño, en el caso concreto, y por último el papel que desempeña esa argumentación y motivación al momento de emitir resoluciones en la fijación de alimentos.

Para concluir, es necesario comprobar si estas aseveraciones son ciertas a través de un ejercicio empírico que permita verificar; si efectivamente existe un uso discrecional abusivo del principio, y cuáles son las herramientas que utiliza el juez al momento de emitir una resolución de fijación de pensiones alimenticias, donde además se podrá corroborar si se usó o no la ponderación, como herramienta para valorar o al menos tomar en cuenta los derechos que les asisten a las demás personas, en este caso terceros obligados subsidiarios, quienes a más de dar sustento a sus respectivas familias, tienen que proveer de una pensión alimenticia a sus familiares por una posible irresponsabilidad de los padres o madres del menor y donde lo único que es posible hacer, salvo condiciones deplorables de estos obligados subsidiarios, es aceptar una futura imposición de pensión alimenticia por parte del juez, con la única finalidad de cumplir la ley de forma rígida, más allá de proteger a cabalidad los intereses del niño.

CAPITULO III

3. ANÁLISIS DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Desde el año 2008 hasta la fecha, los juzgados de Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca, Provincia del Azuay, han sufrido un sin número de transformaciones desde la elaboración de la Constitución del Ecuador del 2008 en Montecristi. Los cambios fueron no solo relativos a la implementación de nuevas leyes, sino también, a la necesidad de cambiar estructuralmente la forma de prestar servicios por parte de la función judicial.

Dichos cambios, han sido responsables de la reestructuración de un sin número de juzgados en diferentes áreas del derecho a nivel nacional, particularmente en Cuenca; siendo consideración primordial de este capítulo, en su primera parte, el auscultar cuales son los cambios más significativos que se han plasmado en estos juzgados hasta la actualidad.

Posterior a los antecedentes relativos a la transformación de los juzgados de Niñez y Adolescencia, es objetivo del presente acápite, analizar, a partir de un estudio empírico de resoluciones obtenidas en los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca, los resultados obtenidos de dichas resoluciones, y, de esta manera responder incógnitas que surgieron a lo largo de la investigación y que serán desarrolladas más adelante.

3.1 Transformación de los juzgados de niñez y adolescencia en la ciudad de Cuenca

Hasta mediados del año 2013, los juzgados de menores llevaban el nombre de juzgados de niñez, adolescencia y adolescentes infractores; y estaban conformados por el Juzgado Primero y Primero adjunto, Juzgado Segundo y Segundo adjunto, Juzgado Tercero, Cuarto, Quinto, formando un total de 7 juzgados. Se encargaban de ventilar controversias en materia de niñez relativas a visitas, medidas de protección, ayuda pre natal, fijación de alimentos tanto a obligados principales como a subsidiarios, declaración

de paternidad, conflictos relativos a adolescentes infractores, autorización de salida del país para menores, curadurías para contraer nupcias, entre otros temas, referentes exclusivamente a niñez y adolescencia. Cada juzgado estaba encargado de su propio archivo y era independiente de los demás, salvo los juzgados Primero, y Segundo que se atribuían el sorteo de causas de los números pares, y Primero y Segundo adjunto el sorteo de las impares, pero cooperando entre ellos.

Este sistema permitía que cada uno de ellos tuviera a disposición un archivo pasivo exclusivo por juzgado y que los asistentes y los secretarios, trabajen de forma particular para cada juzgado, y un juez encargado de su despacho. La Sala Especializada de lo Laboral y la Niñez y Adolescencia tenía competencia para conocer las apelaciones de estos procesos.

Pero no es sino hasta mediados del año 2013, donde se empieza a evidenciar cambios con relación al sistema que hasta ese momento se manejaba. El primero, en referencia a los nombres de los juzgados, que dejaron de tener una denominación numerológica, (juzgado primero, segundo, etc.) a cambio de una, que hiciese alusión al alfabeto, por ejemplo juzgado “A”, juzgado “B”, entre otros.

Paralelo al cambio de denominación de los 7 juzgados que hasta ese entonces existían, debido a la carga procesal presente, se procedió a la creación de 7 nuevos juzgados, sumando un total de 14 juzgados que en la actualidad funcionan en la ciudad de Cuenca.

Los juzgados de niñez, adolescencia y adolescentes infractores, que se hacían cargo únicamente de asuntos de menores, se transformaron en Juzgados de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, y por esto, pasó a ser competencia de aquellos, lo concerniente al libro primero, de las personas, y tercero, de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, del Código Civil ecuatoriano.

En la actualidad tienen competencia, además, en los problemas relacionados con niñez y adolescencia como divorcios consensuales, divorcios causales, disoluciones conyugales, interdicciones, particiones, inventarios, donaciones, impugnación de paternidad, entre otros; es decir problemas de familia cuya resolución hasta esa fecha era competencia de los Juzgados de lo Civil.

Para inicios del 2014, esta era la nueva modalidad de los juzgados. Con más carga procesal, fue necesaria la contratación de más personal, y con ellos se incrementó en mayor número, las causas que se tramitaban por juzgado.

Es necesario recalcar, además, que los juzgados de familia, mujer, niñez y adolescencia están en proceso de transición para formar parte de una sola unidad, la llamada Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. A futuro todos los juzgados a futuro, pasarán a formar parte de esta unidad, situación que hasta la fecha no acontece del todo, aunque ya se evidenció la primera consecuencia más notoria, que no fue otra que el resorteo masivo de causas, pero ¿qué involucra aquello?

Como se mencionó en líneas anteriores, cada juzgado era independiente y poseía su propio archivo; con la creación parcial de la unidad, los 14 juzgados pasaron a tener un solo archivo pasivo y para ello fue necesario que todos los juicios existentes (nuevos, y antiguos) en los juzgados de niñez, fueran resorteados con la finalidad de asignarles nuevos números a los expedientes, cada uno con su letra particular, y un nuevo número único, que no se repite en otro juzgado de familia. Otro cambio a diferencia del sistema anterior es que en caso de apelación, la sala competente para tramitarla es la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

La nueva estructura de la hoy llamada Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia no entra en vigencia en su totalidad, ya que es un proceso de transformación que se irá dando paulatinamente, que no solo trajo confusión a abogados en libre ejercicio, y particulares, sino también trajo consigo nuevas políticas de recepción de escritos, búsqueda de procesos y de manejo de archivo.

3.2 Recopilación de información

Lo referente a la transformación de los juzgados de Niñez y Adolescencia en la ciudad de Cuenca, fue premisa para el entendimiento del cómo y cuán factible fue el acopio de casos prácticos, referentes a resoluciones emitidas por jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en demandas de alimentos a obligados subsidiarios. Los cambios que atraviesan actualmente estas judicaturas, hacen que el acceso a los expedientes se complique más de lo habitual.

Cada juzgado tiene organizado los casos que está tramitando, y los expedientes a su cargo, la mayoría de carpetas están registradas en libros que lleva el secretario de cada unidad, lo cual a primera vista denota la organización con la que lleva su archivo cada juzgado.

Todo expediente tiene una carátula, misma donde constan varios datos como: juzgado al que pertenece el expediente, número de juicio, año, naturaleza, materia, cuantía, número de cuerpo, fecha de inicio, nombre del actor, defensor del actor, nombre del demandado, defensor del demandado, nombres del niño niña y adolescente, nombre del juez y nombre del secretario. Sin embargo, para el caso que nos ocupa que es la búsqueda de expedientes donde se demande a obligados subsidiarios, la situación cambia, ya que en ninguno de los 14 juzgados de familia, se lleva un registro de casos en los que se demande exclusivamente a subsidiarios, ya que esta demanda puede plantearse directamente, o como incidente dentro de un juicio por alimentos al obligado principal.

Al no haber registro alguno sobre estos casos, la única forma de buscarlos es aleatoriamente en cada juzgado dentro del archivo principal que aun maneja cada unidad, enfrentando la investigación varios inconvenientes relativos a dicha recopilación:

1. La probabilidad de encontrar casos planteados a obligados subsidiarios entre todos los expedientes que maneja cada juzgado es mínima, y si se encuentra uno de estos, es menos probable aun, que sea uno con las características necesarias para realizar el análisis pertinente.
2. Otro de los inconvenientes que enfrentó la investigación de campo, fue la organización de cada juzgado, al estar conformado cada uno, por un juez, un secretario y dos ayudantes, y al ser 14 diferentes juzgados, se maneja un sin número de criterios para dar paso a la autorización de búsqueda expedientes, lo que quiere decir que no todos estaban de acuerdo con permitir que se haga la búsqueda de casos, por temor a que se desordene el archivo o se pierdan los expedientes.

Algunos de los secretarios se tomaron el tiempo y tuvieron la gentileza de entregar el número de expedientes donde constaban demandas a subsidiarios, situación que fue posible gracias a la revisión de aquellos en el sistema interno que maneja el juzgado.

3. Pese a la ayuda de los secretarios, en varios casos los números no coincidían con los expedientes, consecuencia del resorteo masivo de causas meses antes.
4. Muchos de los números que coincidían con juicios a subsidiarios, no estaban disponibles, ya que algunos se encontraban con escritos pendientes, otros en pagaduría para la realización de la liquidación de pensiones a pagar, o se encontraban en el archivo pasivo del juzgado.
5. La autorización para la búsqueda en el archivo pasivo (archivo común de todos los Juzgados de Niñez), es decir de aquellos juicios con las características mencionadas en el párrafo anterior, era bastante restringida, puesto que dicho archivo se encontraba en el subterráneo de la Corte.
6. Si los números de juicios que otorgaban los secretarios eran los correctos, los expedientes tenían que pedirse en ventanilla, y al estar un promedio de 4 juzgados por piso, los encargados de facilitar los expedientes tenían que buscar en el sistema, si los mismos se encontraban disponibles, se tenía que buscar los expedientes en los estantes, sin que fuese posible, que puedan buscar más de 3 expedientes por persona, por la afluencia de gente a los juzgados, lo cual tornó muy lenta la búsqueda.
7. Al estar los juzgados en un período de cambio, existen ciertas políticas que se están poniendo a prueba. Dos de ellas son la asignación de turnos dependiendo el trámite a realizar, y la implementación de formularios para sacar copias simples o certificadas, mismas que incrementan el tiempo para realización del trámite y entorpece la agilidad con la que se los estaba llevando.

En conclusión, la búsqueda de expedientes no fue sencilla. Si bien es cierto que la Corte de Justicia de Cuenca es considerada modelo por la agilidad en los trámites, la

transparencia en los procesos, modernidad de los servicios, y pionera en la implementación de modelos de atención para brindar un mejor servicio al cliente por lo cual es referente a nivel nacional¹⁰⁷, razón por la que fue en esta ciudad donde se escogió hacer el trabajo de campo, no es menos cierto que por ahora, el constante cambio que vive la función judicial no solo en Cuenca sino en todo en el país, genera cierta inestabilidad e incertidumbre no solo a funcionarios, sino también a todas las personas que acuden diariamente a la Corte.

La implementación de excesivas formalidades como el tomar turnos para realizar trámites demuestra una dualidad del sistema que lo torna ineficaz. El empleo de formularios para tener acceso a copias simples, escritos y manuales para el manejo de expedientes, impuestos por parte del Consejo de la Judicatura, genera más burocracia innecesaria, incompatible con una ágil prestación de servicio judicial.

3.3 Análisis de resoluciones

Pese a varios inconvenientes en la recopilación de casos que contengan demandas a obligados subsidiarios, se obtuvo información de 50 expedientes de algunos de los juzgados, siendo de esa cantidad, 30 los disponibles para el análisis pertinente, mismos que constan en los anexos de este trabajo de investigación.

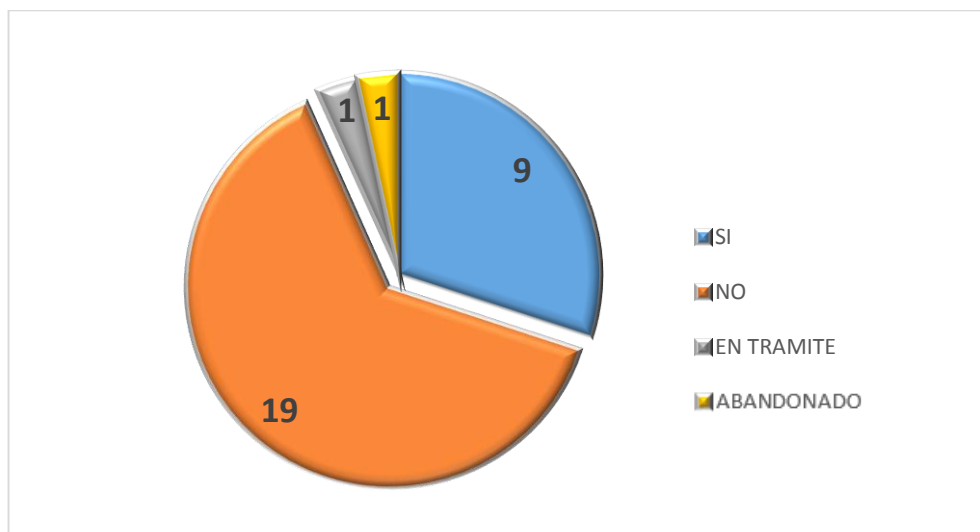
El propósito del análisis de resoluciones emitidas por jueces de las Unidades de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca, provincia del Azuay, no es otro que, el responder ciertas interrogantes planteadas en principio de la presente investigación.

Cómo opera el interés superior del menor en la práctica, cómo se resuelven casos por parte de los magistrados al momento de plantearse demandas a obligados subsidiarios, si el juez en un afán protector del interés superior del menor puede menoscabar derechos de otras personas, así como el comprobar si las resoluciones emitidas por parte de los magistrados están debidamente motivadas y hacen uso de la argumentación jurídica, y finalmente, cuál es el rol de la ponderación en estos casos, son algunas de las respuestas que intenta esclarecer el análisis de estas resoluciones.

¹⁰⁷ Revista Avance, “La Corte de Cuenca un modelo de justicia”, edición No. 195, (2008): <http://www.revistavance.com/entrevistas-avance/modelo-de-justicia.html>

Gráfico 1

Fijación de alimentos a subsidiarios



Fuente: Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca.

De los 30 casos en los que se centró el análisis, en todos ellos se pidió por parte de quienes demandaron, la fijación de pensiones alimenticias a obligados subsidiarios, mismas que fueron fijadas en 9 de ellos.

- Expediente 2337-13 juzgado “A”: Se fijó pensión a subsidiarios puesto que se demostró que el obligado principal no canceló las mismas.
- Expediente 10288-13 juzgado “A”: Se llegó a un acuerdo, la obligada subsidiaria no se negó a cancelar las pensiones de su nieto.
- Expediente 15564-14 juzgado “G”: Se fijó pensión a subsidiarios puesto que el padre de las menores no puede cancelar las mismas.
- Expediente 8206-13 juzgado “G”: Se llegó a un acuerdo en el que la abuela de los menores se compromete a pasar la pensión de alimentos de forma voluntaria.
- Expediente 0082-15 juzgado “K”: En este caso la asignación de pensión a subsidiarios no fue justificada por parte del juez.
- Expediente 19490-13 juzgado “K”: Se fijó en esta demanda pensión alimenticia tanto a principal como a subsidiario ya que el juez argumentó

que el obligado principal percibía poco para satisfacer las necesidades de sus hijos.

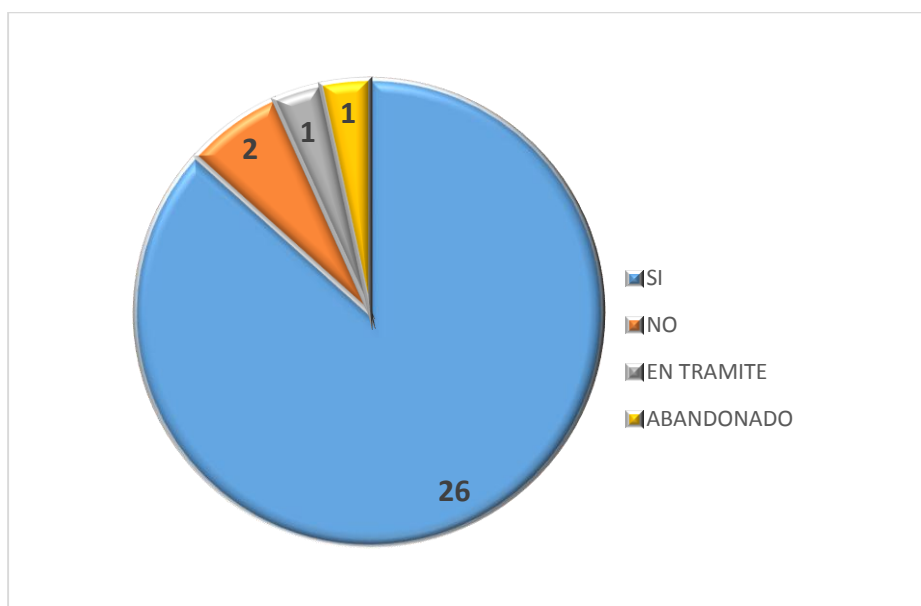
- Expediente 9070-14 juzgado “M”: Se fijó la pensión mediante acuerdo.
- Expediente 1490-11 ex juzgado segundo adjunto: Se justificó la ausencia del obligado principal razón por la que se fijó la pensión a los subsidiarios.
- Expediente 726-11 juzgado “T”: Se fijó una pensión complementaria a la subsidiaria misma que no es alta y se puede pagar sin problemas.

Estos datos reflejan que una vez fijada la pensión alimenticia provisional ha obligados subsidiarios, los mismos prefirieron llegar a un acuerdo para resolver el conflicto, una vez que se hayan demostradas las condiciones para fijar la pensión, mismas que constan en el Art. Innumerado 5 de la Ley Reformatoria al Código de Niñez y la Adolescencia, que establece que el orden de las personas obligadas a presentar alimentos, determinado solamente en el caso de, ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos, o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, aunque en dos de los casos no se demostró aquello, generando un perjuicio a los subsidiarios por la imposición de una pensión poco justificada.

En los diecinueve casos restantes, fueron los padres, quienes se hicieron cargo del pago de la pensión correspondiente, aunque tiempo después en algunas demandas, la falta de cumplimiento de la obligación es evidente, puesto que al realizar la liquidación correspondiente las sumas a cancelar; son altas.

En conclusión de este primer gráfico, se puede evidenciar que la fijación de pensiones alimenticias a obligados subsidiarios no es la regla general en los casos analizados, los subsidiarios no desconocieron su relación con el menor titular del derecho, empero, la mayoría de ellos, cuando fueron llamados a juicio, intentaron demostrar que el obligado principal es solvente y puede asumir la obligación para la no fijación de alimentos por parte del juez a los subsidiarios, situación que fue tomada en cuenta por parte del juez al momento de emitir una resolución.

Gráfico 2
Uso de motivación



Fuente: Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca.

Estos resultados demuestran que el uso de motivación de resoluciones por parte del juez es evidente. En la gran mayoría de los casos, los jueces argumentaron de forma idónea sus resoluciones, haciéndolo, cuando había que fijar pensiones alimenticias a subsidiarios y cuando no, situación que demostró que, al menos en los casos analizados, el interés superior del menor no se presentó como un principio jerárquicamente superior a los de las demás personas, sino más bien y como establece la doctrina internacional, como la consideración primordial.

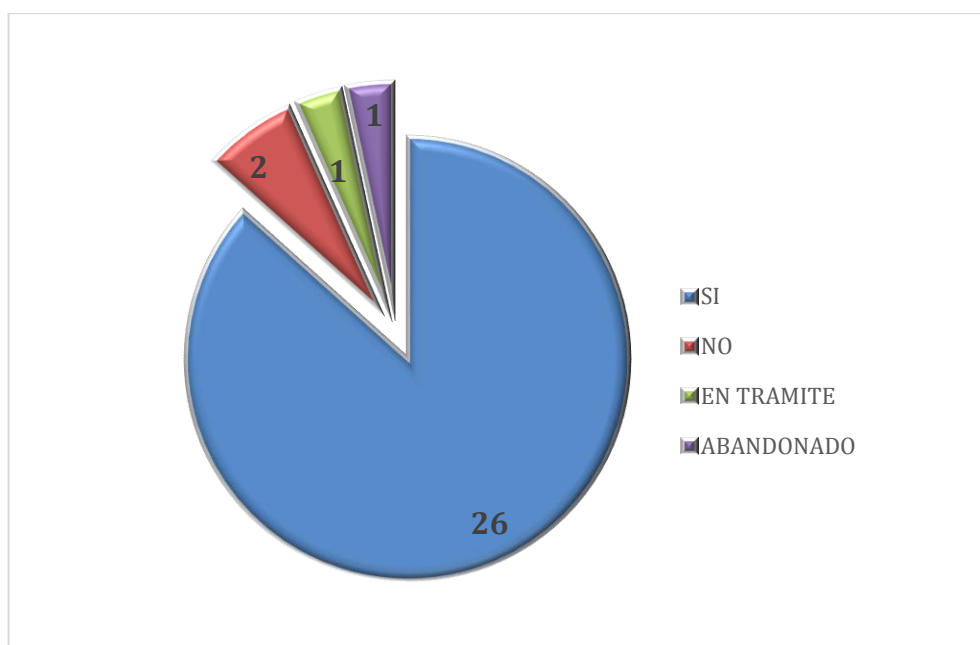
En cuanto a respetar y sopesar los derechos de los subsidiarios, al momento de fijar pensiones alimenticias a subsidiarios, esta fue acorde a la situación económica de los mismos, donde incluso en algunos de los juicios, se repartió, de forma equitativa, los montos a cancelar a obligados subsidiarios para que no exista un exceso de carga económica de uno y otro.

Sin embargo, lo curioso del análisis es que, siendo una muestra relativamente pequeña por el limitado acceso a casos de esta naturaleza, en dos de estos particularmente

el 19490-15 del juzgado “K”, y el 0082-15 del juzgado “K”¹⁰⁸, se evidenció falta de motivación jurídica al momento de fijar las pensiones, puesto que en las resoluciones no quedó del todo claro el porqué de la fijación de pensiones, lo cual desembocó en apelaciones ante instancias superiores, por la inconformidad de los demandados, quedando demostrado así, cuán importante es el uso de la motivación en las resoluciones por parte del juez.

Gráfico 3

Uso de argumentación jurídica



Fuente: Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca.

El presente cuadro es consecuencia del anterior. La implementación de la motivación como aquel elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión, de estar motivada correctamente la resolución en materia de Niñez, tiene como componente adicional un correcto uso de la argumentación jurídica, que como se explicó

¹⁰⁸ Remitirse a los anexos para ampliar dicha información.

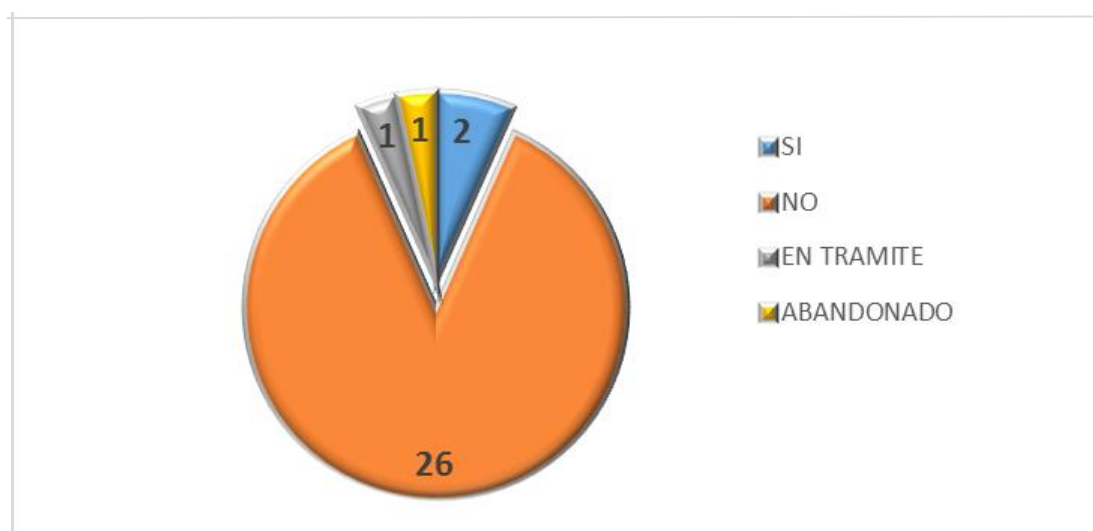
en líneas anteriores; no es otra cosa que dar razones a favor o en contra de una tesis o postura determinada.

En el caso que nos ocupa, la argumentación jurídica en la mayoría de casos analizados pudo apreciarse de forma considerable, ya que no hubo mayores inconvenientes por parte de actor y demandado al momento de acatar la decisión del juez, por estar argumentada en derecho. Es digno destacar que el rol que deben tomar los jueces en la actualidad también se hizo visible, ya que se tomó una postura conciliadora por parte del juez, que como no podría ser de otra manera, dio paso a la mediación como instrumento alternativo de solución de conflictos, consecuencia, de aquello, fue que en diez de los treinta casos analizados se llegó a un acuerdo voluntario.

Así mismo se demostró que en dos juicios analizados, no hubo una correcta argumentación jurídica, misma que perjudicó en cierta medida a los demandados en estos casos, ya que en ambos, los demandados apelaron; como consecuencia de la falta de argumentación jurídica por parte de los jueces al momento de emitir sus resoluciones.

Gráfico 4

Discrecionalidad abusiva por parte del juez en aplicación del interés superior del menor

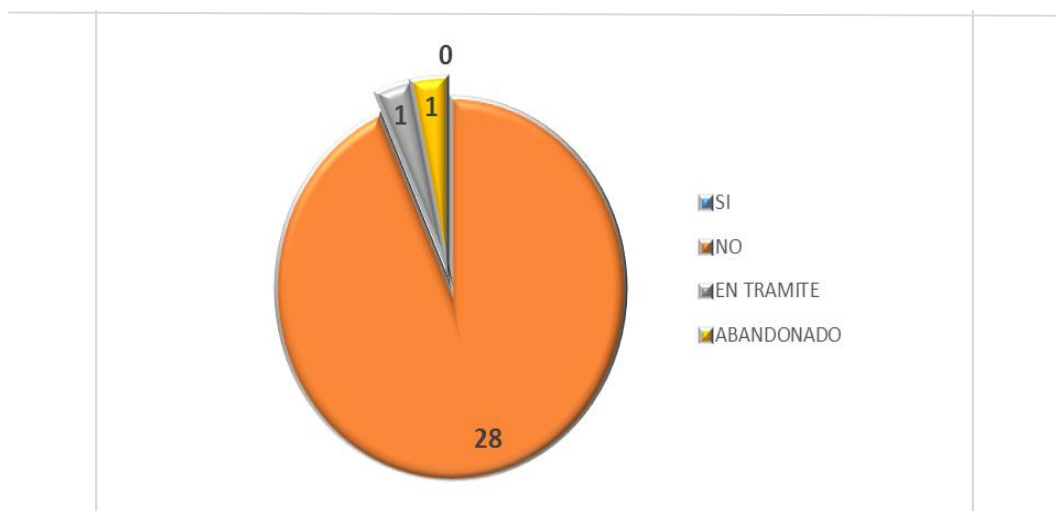


Fuente: Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca.

Una de las interrogantes surgidas a raíz del presente trabajo de investigación, fue un hipotético uso abusivo e irracional del principio por parte del juez al momento de aplicar el interés superior del niño en fijación de alimentos a subsidiarios, mismo que se analizó más a profundidad en el capítulo segundo.

Queda bastante claro que en los casos analizados, en la gran mayoría, no se apreció este comportamiento por parte del juez, empero, ello no quiere decir que no se dé. La aplicación práctica de este trabajo de investigación está dirigido para aquellos casos en los que se verifique dicha discrecionalidad, misma que sí se presentó en dos de los casos el 19490-15 del juzgado “K”, y el 0082-15 del juzgado “K” y cuya ampliación se encuentra en la observación correspondiente de cada ficha. Es evidente que la falta de motivación, y argumentación jurídica, así como la falta de aplicación de leyes que sustentan una resolución, derivará en una discrecionalidad del juez, que puede tornarse abusiva como se discutió previamente, en especial en el ámbito de Niñez, donde la aplicación de un principio tan abstracto, requiere de ciertos elementos como los ya mencionados; para no extralimitarse en su contenido, alcance, y forma de aplicación.

Gráfico 5
Uso de ponderación



Fuente: Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Cuenca.

Ahora bien, cabe preguntarse en lo referente a este cuadro ¿Por qué en ninguno de los casos a analizar se utilizó la ponderación como herramienta de solución de conflictos?,

la respuesta es sencilla. Porque en ninguno de ellos se dieron las condiciones para el uso de la ponderación.

Para que ello acontezca, tiene que existir una colisión entre principios donde “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁰⁹, situación que no se presentó en los casos analizados. En estos, se dieron acuerdos voluntarios para que los padres paguen las pensiones y se excluya de la demanda a subsidiarios, y la aceptación de algunos subsidiarios; sin resistencia alguna a la fijación de una pensión para ayudar a los padres de los menores, fue una constante, sin que fuese posible evidenciar una colisión de principios; sin embargo, ello no quiere decir que en ningún caso en el que se fije una pensión de alimentos ha obligado principal o subsidiarios, no se vaya a atentar contra sus derechos constitucionales de los obligados, y no fuese necesaria la aplicación de la ponderación.

En el caso No.1116-10-EP sentencia 067-12-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, se produjo una de las resoluciones más importantes en el ámbito del derecho de familia, donde la ponderación fue fundamental para resolver el conflicto.

En resumen, la sentencia trata de una acción de protección interpuesta por, Segundo Ángel Pandi Toalombo, en los siguientes términos: en su parte principal, manifiesta: que la violación al derecho constitucional ha ocurrido a lo largo de todo el proceso desde su inicio, toda vez que nadie puede ser condenado a cumplir una obligación civil o social imposible como en su caso, al tratarse de una persona discapacitada en un porcentaje de más del 80%, ante lo cual no puede valerse por sí mismo, por lo que depende de otras personas, pues no puede trabajar, siendo su enfermedad irreversible y degenerativa; sin embargo, se lo ha condenado a pagar pensión de alimentos que no puede pagar por su enfermedad y por prescripción médica, al no poder hacer ningún esfuerzo físico, ante lo

¹⁰⁹ Carlos Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*, (Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2003), 161.

cual, esta obligación "lo mantiene en constante peligro de ir a parar en la cárcel hasta que pueda pagar el último centavo"¹¹⁰.

Antes de la emisión de este dictamen, el interés superior del menor era la única consideración a tomar dentro de estos casos. Sin embargo, a raíz de la emisión de esta sentencia, se sentó un importante precedente, mismo que hizo posible que a raíz de un ejercicio ponderativo entre la colisión de derechos de ambos grupos prioritarios, tanto el menor, como el obligado a cancelar la pensión, sean tomados en cuenta en igualdad de condiciones dando como resultado una sentencia favorable al accionante.

Lo que se intenta poner de manifiesto con la exposición de la sentencia de la Corte Constitucional, es que pueden presentarse casos en juzgados de primera instancia, donde el uso de la ponderación para una futura solución de conflictos, es viable como técnica de reducción de discrecionalidad abusiva por parte del juez, y aunque en el estudio realizado no se presentó un caso de esta naturaleza, esta herramienta jurídica puede ser plenamente aplicada por jueces ahora constitucionales, haciendo uso a más de la ponderación, tanto de la motivación como de la argumentación jurídica, para precautelar intereses no solo del menor que demanda una fijación de alimentos, sino también de los obligados y sus familias.

¹¹⁰Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, caso No.1116-10-EP sentencia 067-12-SEP-CC, (Quito, 27 de marzo de 2012).

CONCLUSIONES

1. La creación del principio de interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado dentro de la Convención de los Derechos del Niño, obedece a un momento histórico de la humanidad, donde fue necesaria la creación de un instrumento jurídico internacional y un principio que proteja de forma íntegra a los más vulnerables, que son los menores. La propuesta en torno a la creación del interés superior del menor que se analizó, fue que el interés superior de niño debía ser “la consideración primordial”, pero se modificó aquella premisa porque quienes la propusieron, consideraron que podría haber conflicto con otros derechos importantes, como la justicia o equidad social entre varios otros, quedando nada más como “una consideración primordial”.

Empero, después de varias observaciones generales, finalmente se dispuso que en razón de la dependencia, madurez, condición jurídica, y por su menor posibilidad de defenderse con fuerza de las adversidades y así poder defender sus intereses de menor, el Comité determinó que el interés superior no es simplemente “una consideración primordial”, sino “la consideración primordial”.

2. El interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, que tiene dos funciones, primero una abstracta que obligará a los órganos del Estado a la consecuente protección de todos los niños, cada uno a través de la función que le es propia, y en segundo lugar, una más concreta que se obtendrá del concepto en abstracto para fundamentar una situación en particular. Pese a las propuestas de objetivación del principio y las tantas discusiones planteadas en torno a la misma, en Latinoamérica, y en particular el Ecuador, se sigue, y se está de acuerdo con la tendencia que mantiene la indeterminación y abstracción del principio, ya que como se manifestó en el primer capítulo, en relación a las fortalezas del interés superior del niño, se mantiene la línea de pensamiento de que son estas características, aquellas indispensables para lograr de forma efectiva, la protección del derecho de los menores.

3. El trabajo de los administradores de justicia no debe ser aplicar este u otro principio a rajatabla, o de forma mecánica, ya que se han superado aquellas épocas

del juez convidado de piedra, o boca de la ley, y es ahí donde entra la noción de aplicar el interés superior del niño, como sostiene Bruñol, con la finalidad de armonizar la utilización del principio, con una concepción de los derechos humanos, como facultades que permiten oponerse a los abusos de poder, y así, superar el paternalismo que ha sido tradicional para la regulación de los temas relativos a la infancia.

4. En el título V, de la Observación General No. 14, referente a la evaluación y determinación del interés superior del niño, se sostiene que para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación:

En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. Ello obedece a la concepción de que no se trata únicamente de aplicar el principio por poseer características que le permitan aquello, sino también, el evaluar cuál es la condición económica, y social de las personas involucradas en una fijación de alimentos, para, que una vez que prevalezca el principio de ser el caso, no se salvede únicamente el interés del menor, sino también el de aquellas personas que están inmersas en la controversia, y de ser el caso, se justifique por parte del juez con argumentos veraces, la toma de dediciones en cualquier ámbito referente al derecho de familia.

5. Lo dicho anteriormente, no tendría sentido sin un juez con visión constitucional y conciencia social del proceso, un juez director jurídico del debido proceso, que actúa a petición de parte pero también oficiosamente en ejercicio de sus poderes-deberes, que sabe observar las formas en medida que no afecten al conflicto de fondo, que no sacrifica la justicia por la omisión de formalidades, y sobre todo tenga pleno conocimiento del caso. El rol del juez es fundamental al momento de emitir una resolución en materia de Niñez y Adolescencia y en todos los demás ámbitos del derecho, el uso de la sana crítica acompañada de otros elementos jurídicos, son vitales para la emisión de una resolución basada en derecho y motivada adecuadamente.

6. La aplicación del principio de interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, en controversias de aplicación práctica como es el caso pertinente de fijación de alimentos, tanto a obligado principal como subsidiario, puede hacer que el juez incurra en una discrecionalidad que puede tornarse abusiva. Para que aquello no acontezca, se planteó como posible solución al problema, la ponderación como herramienta auxiliar en caso de conflictos de difícil solución, pero no es el único elemento importante, ya que también, es necesario que se elabore por parte del juez, una resolución motivada y coherente, que haga uso de la argumentación jurídica, y que justifique de forma proba, por qué el derecho del menor debe prevalecer o no, sobre otros derechos que pueden considerarse de igual jerarquía.

7. Tanto la motivación considerada como un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión, misma que además debe cumplir con todos sus requisitos, es decir debe ser, expresa, clara, competente, lógica y legítima, como la argumentación jurídica, que no es más que dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar, son de suma importancia para evitar una discrecionalidad abusiva.

8. La ponderación considerada como un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de los conflictos, surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango, y que por lo tanto, exigen ser realizados en mayor medida posible, atendiendo a las posibilidades materiales y jurídicas, fue planteada como herramienta de solución de conflictos complejos, al momento de existir colisión de principios entre el interés superior del menor, y los derechos de obligados subsidiarios y sus familias, donde a través de un estudio de casos fue posible verificar si la misma es o no aplicada por jueces de primera instancia.

9. El estudio de casos dio como resultado las siguientes conclusiones:

a. En nueve de los treinta casos analizados, se fijó pensión a subsidiarios, demostrando, que no es prioritaria la fijación de pensiones a obligados subsidiarios cuando el obligado principal se puede hacer cargo de sus responsabilidades. Por

otra parte aquellos obligados subsidiarios a los que se fijó la pensión, no se opusieron a las mismas, situación que refleja la conciencia de la relación de parentesco con sus familiares, en todos los casos verificaron que se cumpla lo que establece el Art. Innumerado 5 de la Ley Reformatoria al Código de Niñez y la Adolescencia.

b. Tanto argumentación jurídica, como motivación de sentencias, fue algo notorio en los juicios objeto de análisis, lo cual denota la preparación de los Jueces de Familia en la ciudad de Cuenca.

c. La ponderación no fue una herramienta utilizada por jueces de la unidad de familia, puesto que en ningún caso fue necesaria, por los acuerdos voluntarios a los que se llegaron, y por la aceptación de los obligados principales a cancelar sus obligaciones, sin embargo pese a que no fue posible encontrar un caso con las características idóneas para el análisis, ello no quiere decir que la ponderación no pueda ser una herramienta a utilizar en casos complejos que se den a futuro, como el caso No.1116-10-EP sentencia 067-12-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, donde se demostró una vulneración de derechos a quien se le impuso una pensión que no podía cancelar, misma que pudo ser evitada si los jueces que tramitaron la causa en primera instancia implementaban la ponderación como método de solución de conflictos.

d. En lo referente a la discrecionalidad abusiva por parte del juez, no se evidencio en la mayoría de casos analizados, esto, por la presencia de argumentación jurídica y motivación de resoluciones emitidas por los jueces; sin embargo, si es importante destacar que en dos de los casos, si existió un cierto grado de discrecionalidad abusiva por parte de los jueces, donde en uno se fijó pensiones tanto a obligado principal, como subsidiarios pese a que se demostró que el obligado principal si estaba cumpliendo su obligación, y otro, donde se consideró que el sueldo con el que estaba cancelando sus obligaciones el obligado principal era ínfimo, pese a ser una cantidad apreciable, fijándose un monto adicional a subsidiarios, todo esto generando perjuicio tanto a obligado principal como a subsidiarios dentro de las presentes causas.

10. Como conclusión final, es necesario precisar que el interés superior del niño está en constante riesgo de presentarse como un principio jerárquicamente superior que puede ir en contra de otros derechos que les asisten a las demás personas, por sus características de concepto jurídico indeterminado, abstracto, y general aunque se sostenga que es en beneficio del más vulnerable que es el menor. Es aquí donde es necesaria una valoración de criterios adecuados, mismos que deben ser tomados en cuenta por parte del juez, quien además de tener un conocimiento basto del derecho, debe estar constantemente informado e interesado de lo que acontece en los juicios que está sustanciando. Tanto La discrecionalidad, como la aplicación abusiva del principio, pueden evitarse tomando una actitud conciliadora, cómo fue posible apreciar en la mayoría de resoluciones analizadas, esto, haciendo uso de herramientas jurídicas idóneas que estén al alcance del juez, y que le permitan emitir resoluciones coherentes, y permitan la realización del fin último de la función judicial, que no es otra que la correcta administración de justicia.

BIBLIOGRAFIA

Abellán, Gascón, y otros. "La Argumentación Jurídica", Palestra, Lima, 2005

Alegre, Silvina y otros, "El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas", Unicef, Marzo, 2014

Alemán Pardo, María José, Acerca de las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la administración.

Alexy, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", Trad. por Carlos Bernal Pulido, núm. 66, 2002

Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", traducción de Carlos Bernal Pulido, REDC, núm. 66, 2002: 33

Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica (traducción de Manuel Atienza y Manuela Espejo), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989

Alsina, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1956

Aries, Philippe, El niño y la vida familiar en el antiguo régimen, (Taurus, Madrid, 1987)

Arroyo Zapatero, Luis y Otros, "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo", Universidad la Castilla, Cuenca, 2003

Asensio Mellado, José María, La Prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo

24.2 (Constitución Española), en: Revista del Poder Judicial, 4/1986

Atienza, Manuel, “Bioética, Derecho y Argumentación”, Temis, Lima-Bogotá , 2004

Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003

Bernal Pulido, Carlos, El neocostitucionalismo a debate, Instituto de estudios constitucionales, Carlos Restrepo Piedraita, Colombia, 2006

Boffil, April y otros, La declaración de Ginebra, Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia, Comissio de la Infancia y la Justicia de i Pau, Barcelona, 1999

Cabanellas Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, décimo novena edición, Argentina, Heliastasa, SLR, 2008

Simón Campaña, Farith, “Interés Superior del niño, técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva”, Iuris dicto, Quito, 2014

Simón Campaña, Farith, “Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales”, Cevallos, Quito, 2008.

Simón Campaña, Farith, Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, en Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Guayaquil, 2004

Cillero Bruñol, M, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional

sobre los Derechos del Niño, Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano

D, Antonio, Convención sobre los derechos de los niños, Astrea, Buenos Aires, 2001

D, Freedman, “El interés superior del niño como el "Caballo de Troya" de la Convención sobre derechos del niño”.

De La Rúa, Fernando, Teoría general del proceso, Desalma, Buenos Aires, 1991

De la Rúa, Fernando, “La Casación en el Derecho Positivo Argentino”, Víctor P. de Zavallía-Editor, Buenos Aires, 1968

Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999

Diez-Picazo, Luis María, “Familia y Derecho”, Civitas, Madrid, 2004

Diccionario Jurídico Espasa, Fundación Tomas Moro, Ediciones Calpe, España, Espasa, 2007

Duran, Ayago, “La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico”, COLEX, Madrid, 2004

During, Ingemar, Aristóteles: exposición e interpretación de su pensamiento, Universidad de México, México, 2001

Espinoza Cueva, Carla. Teoría de la resolución y jurisprudencia de casación y electoral, Tribunal Contencioso Electoral. Quito, TCE/CNJ, 2010

Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, España, 2001

Goldstein, Mabel, Diccionario jurídico, Consultor Magno, Panamericana formas e impresos S.A. Bogotá, Colombia, 2008

Grosman y otros, “Los derechos del niño en la familia, discurso y realidad”, Universal S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1998

Guggenheim, Martin, The Best Interest of child: Much ado about Nothing, en Child, Parent & State, ed, Temple Univeraity Press, Filadelfia 1994

Hernández Prada, Sonia, “Notas Históricas acerca de los Derechos del niño”, Cruz Roja Española, Madrid, 1990

Informe del Grupo de trabajo a la Comisión de Derechos Humanos de 1989, documento E/CN.4/1989/48, párr.. 121 y 122

Irene, Therry, L’ enfant face a la separación paternale, “Cahiers du City”, No 4 Paris en: Grosman y otros, los derechos del niño en la familia, discurso y realidad, (Universal S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1998)

Lefebre, Henri, Lógica Formal, Lógica Dialéctica, Siglo veintiuno de España editores, España, 1970

Midon, Marcelo Sebastián, Derecho probatorio Parte General, (Jurídica Cuyo)

Mizrahi, Mauricio Luis, Interés del Menor, Enciclopedia de Derecho de Familia, título III

Mora Coronel, Jacqueline, Reforma al código de la niñez y adolescencia, en cuanto a la responsabilidad de los obligados subsidiarios al pago de pensiones alimenticias y los mecanismos coercitivos, Tesis para la obtención de título de abogada, (Universidad de Loja, 2014)

N. Bala, The best interests of the child in post-modern Era: a central paradoxical Concept, in Law Society of Upper, Special Lectures, Canada, 2001

Nieto, Alejandro, “El Arbitrio Judicial”, Ariel, Barcelona, 2000

Ortega Guerrero, Irene, “El principio de interés superior en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”, España, 2002

Osorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Guatemala

Pásara, Luis y Albuja Ponce, La pensión de alimentos en las resoluciones judiciales ecuatorianas, publicado en Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia, Ministerio de justicia, Quito, 2010

Recalde de la Rosa, Cristhian Mauricio, Dilemas y tensiones del nuevo procedimiento de alimentos contemplado en el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, Tesis para la obtención del título de Magister en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 2012

Revista Avance, “La Corte de Cuenca un modelo de justicia”, edición No. 195, (2008):

<http://www.revistavance.com/entrevistas-avance/modelo-de-justicia.html>

Rodríguez Gómez, Alberto, Evolución Histórica de los derechos del niño, En 50 aniversario de la declaración de los derechos humanos y su influencia en la evolución de los derechos del niño, Universidad de Cádiz, 1999

Salgado Leyva, Natalia Isabel, El interés superior del niño en los procedimientos especiales seguidos en los tribunales de familia, Tesis para la obtención de título de licenciada en ciencias políticas y sociales, (Universidad de Chile, 2012)

Santaella López, Manuel, “Montesquieu, el legislador y el arte de legislar”, UPCO, Madrid, 1995

Sauri, G. Los ámbitos que contempla. Propuesta de ley de niñas, niños y adolescentes, Comité por la Ley, México, 1998

Storini, Claudia, y Marco Navas, “La acción de protección en Ecuador, Realidad jurídica y social”, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013

The United States Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide of the “Travaux Préparatoires”, Detrick, S., (compiladora y editora), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992. Reis Monteiro A., “La Revolución”, ob. Cit:173

Ticona Postiga, Víctor, La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa, cuadernos de investigación y jurisprudencia

Torres Perea, J.M, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán”, Madrid,
Junio, 2006

Torres Sánchez, J. Moreno, La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores
Español, Pamplona, 2009

Watch, Adolf, “Manual de derecho procesal Civil”, Tomo I, traducción Tomas A. Banzhaf,
Estudio preliminar Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Europa-América, Buenos
Aires, 1977

Zabala Egas, Xavier, Apuntes sobre Neo constitucionalismo, Acciones de Protección y
Proceso Constitucional, 2009.

Zerpa, Levis Ignacio, La Motivación de la Sentencia Criterios de la Sala de Casación Civil,
Conferencia dictada en las jornadas de Derecho Procesal José Rodríguez U, Revista
de derecho No. 53, (Puerto de la Cruz, 1998)

Referencias normativas

Constitución de la República del Ecuador [2008], R.O. 449 [Quito] Asamblea Nacional.

Convención sobre los derechos del niño, (1989)

Declaración de Ginebra, (1924)

Declaración de los derechos del niño, (1959).

Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Registro Oficial 737, Enero del
2003

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0552-12-EP, con sentencia nro. 063-14-SEP-CC (sentencia acumulativa), (Quito, 9 de abril de 2014).

Ecuador, Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento, No. 58, (12 de julio de 2005), art 121

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, caso No.1116-10-EP sentencia 067-12-SEP-CC, (Quito, 27 de marzo de 2012).

Páginas Web

Asamblea Nacional del Ecuador, se eliminará apremio personal para subsidiarios,

<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/se-analizan-cambios-en-pensiones>

“Código eliminaría prisión para familiares por pensión alimenticia”, El mercurio, (Cuenca), 2ª. Ed., 23 de febrero 2015

Colegios de profesionales en Derecho A.C, “*El juicio de la Ponderación*”,

<http://colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com/2011/07/el-juicio-de-ponderacion.html>, Consultado 8 de noviembre 2015

Unicef, ¿Que son los derechos del niño?, <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino>.

Consulta: 1 de septiembre del 2015

Zemartten, Jean, El interés superior del niño, Del análisis literal al alcance filosófico,

Informe de trabajo del Institut International des droits del enfant. Marzo 2013,

http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-

nino2003.pdf, Consultado el 01 de septiembre 2015.

ANEXOS

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 2686-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “A” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Ana Lucía Domínguez Rocano

5. Obligado principal: William Augusto Godoy Tocto

6. Obligados subsidiarios: Aníbal Augusto Godoy Tocto

7. Hechos relevantes

a. El 04 de julio de 2013 Ana Lucía Domínguez Rocano presentó una demanda de alimentos en contra de William Augusto Godoy Tocto y su hermano Aníbal Augusto Godoy Tocto.

b. El 23 de octubre de 2013 William Augusto Godoy Tocto, presentó un escrito sosteniendo que se ha vulnerado su derecho Constitucional a la defensa, puesto que al no tener dinero para realizarse el examen de ADN se ha fijado la paternidad.

c. El 3 de diciembre del 2013 se emite la resolución.

8. Descripción breve de la resolución

En razón de que William Augusto Godoy Tocto no cubre con las obligaciones y las necesidades básicas como la alimentación, vestuario, medicina, etcétera, para el menor, se fija una pensión alimenticia provincial acorde a la tabla de pensiones vigente, el demandado además ha sido legalmente citado. El resultado de ADN determina que el demandado es padre del titular del derecho. Las partes además, no han concurrido a la Audiencia Única.

Con los antecedentes expuestos se resuelve que “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, se declara la paternidad del SR. Godoy Tocto William con respecto del Niño Daniel Matías Domínguez Rocano, quien en adelante llevara los nombres de Daniel Matías Godoy Domínguez, se establece además la pensión alimenticia de OCHENTA Y SEIS DOLARES CON CINCUENTA CENTAVOS, desde la presentación de la demanda, mismos que serán pagados por mesadas adelantadas dentro de los primeros cinco días de cada mes.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad Abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: En los hechos de la demanda, no fue necesaria la fijación de alimentos al obligado subsidiario, puesto que el padre se hizo responsable de proveer la pensión a su hijo, es necesario recalcar que previo a establecer la paternidad hubo

inconvenientes para la realización del examen de ADN, ya que el mismo tiene un costo elevado, que como demostró la trabajadora social, el demandado no estaba en posibilidades de cancelar, situación que según el mismo coartaba su derecho constitucional a demostrar que no era su hijo, sin embargo posteriormente se demostró que si era su primogénito.

En este caso el demandado subsidiario no compareció a juicio.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

- 1. Número del expediente:** 2337-13
- 2. Juzgado de procedencia:** Juzgado “A” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia
- 3. Tipo de proceso:** Fijación de Alimentos
- 4. Accionante:** Jessica Yajaira Quito Saigua
- 5. Obligado Principal:** David Jonás Villacis Yunga
- 6. Obligados Subsidiarios:** Manuel Ignacio Villacis Santander y María Cruz Yunga Tenemaza
- 7. Hechos relevantes**
 - 8. a.** El día 17 de julio de 2014, Jessica Yajaira Quito Saigua presentó una demanda de alimentos en contra de David Jonás Villacis Yunga, al no hacerse responsable de la misma, presenta en noviembre de ese mismo año otra demanda incluyendo esta vez a los padres del demandado Manuel Ignacio Villacis Santander y María Cruz Yunga Tenemaza.
 - b.** El 11 de febrero del 2015 se realizó una liquidación de valores a pagar por parte del obligado principal adeudando un saldo de 11,409.28
 - c.** El 12 de febrero del 2015 se emite la resolución.

9. Descripción breve de la resolución

Jessica Yajaira Quito Sigua, demanda la fijación de pensión alimenticia para sus hijos Bryan Alexander y Kevin Javier Villacis Quito, en contra de Manuel Ignacio Villacis Santander y María Cruz Yunga Tenemaza como obligados subsidiarios, en vista de que el obligado principal no cancela sus obligaciones; solicita, la imposición de una pensión alimenticia para los obligados subsidiarios como obra de autos.

No existen pruebas fehacientes sobre los ingresos de los obligados subsidiarios debiendo presumir que perciben el salario básico unificado de un trabajador conforme regla el Art. 114 de C.P.C. los demandados no han comparecido a la causa a desvirtuar las pretensiones de la actora.

Con los antecedentes expuestos se resuelve aceptar la demanda de fijación de pensión alimenticia y se fija una pensión de CIENTO CUARENTA Y OCHO DOLARES más beneficios de ley.

10. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario	X	
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: En este caso se realizó la citación por la prensa puesto que la demandante bajo juramento aseguro desconocer el domicilio de los subsidiarios, mismos que no acudieron a la Audiencia Única; en razón de que no se pudo demostrar cuanto perciben mensualmente los subsidiarios, se fijó como monto la pensión básica, posteriormente se realizó la liquidación y hasta febrero de 2015 los subsidiarios adeudan la

cantidad de 1,480.00, situación que presume que posiblemente no se enteraron del juicio. La actora por su parte pidió orden de apremio contra los subsidiarios.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

- 1. Número del expediente:** 8915-14
- 2. Juzgado de procedencia:** Juzgado “A” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia
- 3. Tipo de proceso:** Fijación de Alimentos
- 4. Accionante:** Lida Maribel Ortega Suquisupa
- 5. Obligado Principal:** Cristhian Patricio Carchi Tocto
- 6. Obligados Subsidiarios:** Diego Carchi Tocto
- 7. Hechos relevantes**

a. El día 10 de diciembre de 2014 Maribel Ortega Suquisupa presentó una demanda de alimentos en contra de Cristhian Patricio Carchi Tocto, y contra su hermano Diego Carchi Tocto

b. 7 de enero del 2015 el demandado en un escrito sostiene que no se presentó a la prueba de ADN porque no desconoce a su hija

c. El 23 de Marzo del 2015 se emite la resolución.

8. Descripción breve de la resolución

Comparecen a Audiencia Única de fijación de alimentos y paternidad, Maribel Ortega, y ofreciendo ratificación por parte del demandado el Dr. Gerardo Ortiz, invitados a una conciliación llegan al siguiente acuerdo: la pensión que se fija es de CIENTO CUARENTA DOLARES, mensuales, más los adicionales de ley. La pensión regirá desde la presentación de la demanda. Se adjuntan certificados de la condición especial de la niña hecho por el cual se fija la pensión indicada.

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, se declara la paternidad del SR. CRISTIAN PATRICIO CARCHI TOCTO con respecto de la Niña GENESIS DAYANA ORTEGA SUQUISUPA, quien en adelante llevara los nombres de GENESIS DAYANA CARCHI ORTEGA, se establece además la pensión alimenticia de CIENTO CUARENTA DOLARES, desde la presentación de la demanda, mismos que serán pagados por mesadas adelantadas dentro de los primeros cinco días de cada mes.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio:

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: No fue necesaria la imposición de una pensión de alimentos al obligado subsidiario, puesto que el padre de la menor se hizo cargo de su obligación, en este caso no fue necesario demandar al obligado subsidiario situación que si aconteció.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

- 1. Número del expediente:** 10288-13
- 2. Juzgado de procedencia:** Juzgado “A” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia
- 3. Tipo de proceso:** Fijación de Alimentos
- 4. Accionante:** María Rosario Quito Illinares
- 5. Obligado Principal:** Juan Carlos Sangurima Paredes
- 6. Obligados Subsidiarios:** Gloria Dolores Paredes Tigre
- 7. Hechos relevantes:**

a. El día 10 de mayo de 2013 María Rosario Quito Illinares presentó una demanda de alimentos en contra de Juan Carlos Sangurima Paredes y su madre Gloria Dolores Paredes Tigre

b. Se llega a un acuerdo transaccional

c. Las partes llegan a un acuerdo voluntario en el que consta que la obligada subsidiaria tendrá que cancelar desde el mes de mayo del 2013 la cantidad de 67 dólares mensuales.

La demandante pide que se haga una liquidación de los valores adeudados, misma que consta con el total a cancelar, la señora Gloria Dolores Paredes Tigre pide que se haga la liquidación por separado para saber cuánto le corresponde pagar a ella, sin embargo hasta que pueda averiguar los valores la demandante pide boleta de apremio contra la obligada subsidiaria, misma que justifica que tiene una hija de 12 años de edad y es viuda

c. 28 de Octubre de 2013 se emite boleta de apremio a obligada subsidiaria

8. Descripción breve de la resolución

Se llegó a un acuerdo transaccional

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objetos de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario	X	
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	Acuerdo Voluntario	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad Abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Se llegó a un acuerdo, la obligada subsidiaria no se negó a cancelar las pensiones de su nieto, empero la demandante pidió una boleta de apremio personal, aun cuando no estaban claros los valores de la liquidación.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 6825-14

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “A” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: María Patricia Duta Cabrera

5. Obligado Principal: Rodrigo Sisalima Pacheco

6. Obligados Subsidiarios: Mercy Sisalima Pacheco

7. Hechos relevantes

a. El día 08 de marzo de 2013 María Patricia Duta Cabrera presenta una demanda de alimentos en contra de Rodrigo Sisalima Pacheco y su Hermana Mercy Sisalima Pacheco

b. el 7 de abril del 2014 se emite la resolución

8. Descripción breve de la resolución

En razón de que Rodrigo Sisalima Pacheco no cubre con las obligaciones y las necesidades básicas como la alimentación, vestuario, medicina, etc. para el menor. Se fija una pensión alimenticia provincial acorde a la tabla de pensiones vigente, el demandado además ha sido legalmente citado. El resultado de ADN determina que el demandado es padre del titular del derecho.

Con los antecedentes expuestos se resuelve que “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, se declara la paternidad del SR. Rodrigo Sisalima Pacheco con respecto del Niño Julio José Duta Cabrera, quien en adelante llevara los nombres de Julio José Sisalima Duta, se establece además la pensión alimenticia de NOVENTA Y DOS

DOLARES CON CUARENTA Y OCHO SENTAVOS, desde la presentación de la demanda, mismos que serán pagados por mesadas adelantadas dentro de los primeros cinco días de cada mes.

9 Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad Abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: La demandada conocía bien donde vivía el padre de su hijo, razón por lo que no fue necesario demandar al subsidiario, en este caso el juez fijo una pensión alimenticia únicamente al obligado principal quien se hizo cargo de sus obligaciones.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de alimentos a subsidiarios

1. Número del expediente: 4666-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “A” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Diana Del Roció Brito Andrade

5. Obligado Principal: José Carlos Bauer Fernández

6. Obligados Subsidiarios: Emilio Fernández

7. Hechos relevantes

a. El día 14 de junio de 2012 Diana Del Roció Brito Andrade presentó una demanda de alimentos en contra de José Carlos Bauer Fernández y su hermano Emilio Fernández.

b. el 27 de Agosto del 2012 hay una Audiencia de Conciliación

8. Descripción breve de la resolución

Por secretaria consta la presencia del Dr. Néstor Chiñir ofreciendo poder o ratificación de Diana del Rocio Brito, y con la presencia de la parte demandada José Carlos Bauer Fernández de nacionalidad Brasileña, acompañado de su abogado defensor Dr. Leonardo Muñoz, se Instala la diligencia. La señora jueza insinúa a las partes que lleguen a un acuerdo; que el demandado pasara las pensiones alimenticias a favor de su Hija ANA MARIA FERNANDEZ BRITO, un mensual de CIENTO DIEZ DOLARES, más beneficios de ley, a partir del mes de septiembre del 2012. Se fijara un régimen de visitas para que visite a su hija, quince días en los meses de agosto y febrero previa comunicación y acuerdo con la madre de la niña, aclarando que el demandado se encuentra en el país le visitara esta semana de 11h00 a 18h00.

9 Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	Acuerdo Voluntario	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad Abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Tampoco fue necesaria la fijación de alimentos al obligado subsidiario, el problema que se produce luego en juicio, radica en la visitas que son fijadas al demandado, mismas que son impedidas por parte de la madre.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de alimentos a subsidiarios

- 1. Número del expediente:** 1902-13
- 2. Juzgado de procedencia:** Juzgado “B” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia
- 3. Tipo de proceso:** Fijación de Alimentos
- 4. Accionante:** Dora América Chalco Espadero
- 5. Obligado Principal:** Jose Orlando Bueno Bueno
- 6. Obligados Subsidiarios:** José Daniel Bueno Landi y Rosario Filomena Bueno Guachichulca
- 7. Hechos relevantes**

a. El día 17 de Noviembre de 2013 Dora América Chalco Espadero tía del menor Kevin Ismael Bueno Chalco de quien ejerce su representación legal, presentó una demanda de alimentos en contra de Jose Orlando Bueno Bueno y sus padres José Daniel Bueno Landi y Rosario Filomena Bueno Guachichulca

b. Se fijó la pensión de alimentos en la cantidad de noventa y dos dólares, por lo cual la demandante al no estar conforme apela la decisión ante la Corte Provincial del Azuay, a la Sala Única de la Familia, Mujer, Niñez Adolescencia, y Adolescentes Infractores

c. El 03 de enero del 2014 se emite la resolución por parte de la Corte Provincial del Azuay quienes “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, desecha el recurso de apelación presentado por la actora y se confirma la sentencia subida en grado, que declara con lugar la demanda de declaración de paternidad y la resolución de fijación de pensión alimenticia.

8. Descripción breve de la resolución

La demandante no contenta con la fijación de alimentos, recurre a los subsidiarios para fijar el alza de las pensiones alimenticias, por lo cual el juez sostiene que: es necesario analizar que en el proceso se demanda a los subsidiarios el aumento de las pensiones alimenticias, la cual consta fijada para el obligado principal, Sr. José Orlando Bueno Bueno; en consecuencia lo que debió reclamarse es la fijación de pensiones a los subsidiarios por falta de cumplimiento de la obligación alimentaria por el obligado principal y probarse la especificación del inciso segundo del Art. Innumerado 5 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, relativo a la fijación de alimentos a obligados subsidiarios, sin embargo se ha demandado en aplicación de del Art. Innumerado 42 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia relativo al aumento de pensión alimenticia. Por lo expuesto el juzgado resuelve declarar sin lugar la demanda de aumento de pensión alimenticia para los obligados subsidiarios que han sido demandados en la presente causa.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	

Discrecionalidad Abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X
--	--	---

Observación: En este caso se planteó una pensión de alimentos al obligado principal mismo que cumplía con su obligación, situación que al no ser conveniente para la madre que inconforme con el monto fijado, a más de apelar la sentencia, demandó el aumento de la pensión de alimentos no al padre, sino a los subsidiarios, ante lo cual el juez muy bien hace en poner en evidencia que la acción estaba mal planteada, ya que debió pedir la fijación de pensión a subsidiarios no el aumento, ya que ni siquiera se fijó una pensión a los subsidiarios previamente.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

- 1. Número del expediente:** 15564-14
- 2. Juzgado de procedencia:** Juzgado “G” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia
- 3. Tipo de proceso:** Fijación de Alimentos
- 4. Accionante:** Ángeles Lema Sinchi
- 5. Obligado Principal:** José Daniel Herminio Lema Paucar
- 6. Obligados Subsidiarios:** Miguel Ángel Lema Paucar y Transito de Jesus Lema Paucar
- 7. Hechos relevantes**

a. El día 6 de diciembre de 2014 Ángeles Lema Sinchi, presentó una demanda de alimentos en contra de José Daniel Herminio Lema Paucar y sus hermanos Miguel Ángel Lema Paucar y Transito de Jesús Lema Paucar

b. El 4 de marzo de 2014 el juez emite una resolución en la que se fija una pensión de alimentos al Señor José Herminio Lema Paucar, en favor de sus dos hijas Carmen y Angélica Lema Lema misma que es de SETENTA Y CUATRO DOLARES MENSUALES a partir del mes de diciembre del 2014, por cada una de sus menores. Por cuanto la obligación va a ser asumida directamente por el obligado principal, la demanda presentada en contra de los dos obligados subsidiarios de común acuerdo se deja sin efecto, acordando igualmente que la señora TRANSITO DE JESUS LEMA PAUCAR, queda constituida como garante solidaria en el pago de las pensiones alimenticias a cargo del obligado principal.

c. Miguel Ángel y María Transito Lema Paucar, apelan la resolución por cuanto sostienen que no son ellos los que deben pagar pensión alimenticia, puesto que siguiendo el Art. Innumerado 5 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que hace referencia al orden en el que deben pagar los obligados

subsidiarios, son los hermanos mayores de 21 años quienes tienen que hacerse cargo, tiene 2, incluso uno que vive en EEUU que está en mejor situación económica que los dos.

d. José Lema Paucar es condenado a 25 años de reclusión mayor especial por el delito de violación a sus dos hijas.

8. Descripción breve de la resolución

La garante Transito de Jesús Lema Paucar envía mediante escrito una copia de una sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia donde se declara sin lugar la demanda en primera y segunda instancia y no se casa la sentencia por NO HABERSE SEGUIDO EN ORDEN DE SUBSIDIARIOS DETERMINADO EN LA LEY. Para lo cual pide al juez se pronuncie al respecto quien sostiene:

Que toda vez que fue la accionada quien compareció al proceso y en base a los principios de solidaridad familiar y humanismo reconocido en los tratados internacionales, respaldó la obligación prima facie en caso de incumplimiento a favor de los beneficiarios, sin que en el avenimiento llegado, tenga trascendencia procesal los órdenes de prelación, pues esta autoridad no emitió resolución al respecto previo juzgamiento de la causa a contrario sensu aprobó un acuerdo lícito, sostiene además en razón del interés superior y voluntad de la compareciente queda motivado el requerimiento de la subsidiaria.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario	X	
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad Abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: En el presente caso se discute si el orden de prelación a subsidiarios debía haberse seguido o no a rajatabla, aunque la subsidiaria tenga razón acerca de seguir el orden planteado dentro de la ley, no es menos cierto que la misma, previo a argumentar aquello, declaro de forma voluntaria el ser garante de su hermano mismo que se encuentra preso, sin embargo el juez considera que el interés superior del menor debe estar por encima de cualquier otro interés, situación que es discutible sin embargo, la idea de la voluntad de la subsidiaria prevalece.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 7884/15

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “G” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: María Elisa Orellana López

5. Obligado Principal: Jaime Alfredo Abad Pinos

6. Obligados Subsidiarios: Eduardo Abad Pinos

7. Hechos relevantes

- a. El día 10 de diciembre del 2015 María Elisa Orellana López presentó una demanda de alimentos en contra de Jaime Alfredo Abad Pinos y su hermano Eduardo Abad Pinos
- b. El 4 de marzo del 2015 se emite la resolución

8. Descripción breve de la resolución

Las partes llegan a un acuerdo en el que se pacta que el demandado Jaime Alfredo Abad Pinos cancelara a favor de su hija VALENTINA ALEJANDRA ABAD ORELLANA como pensión mensual el valor de QUINIENTOS DOLARES MAS los adicionales de ley a partir del mes de diciembre del año 2015, se resuelve además fijar visitas.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	Acuerdo Voluntario	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad Abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Se llegó a un acuerdo voluntario sin la necesidad de involucrar a subsidiarios.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 15815-14

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “G” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Rosa Marlene Mocha Quinde

5. Obligado Principal: Segundo Matute Ramón

6. Obligados Subsidiarios: Transito Ramón Chabla

7. Hechos relevantes

a. El día 04 de julio de 2015 Rosa Marlene Mocha Quinde presentó una demanda de alimentos en contra de Segundo Matute Ramón y su madre Transito Ramón Chabla.

b. El día 14 de Octubre de septiembre de 2015 se emite resolución

8. Descripción breve de la resolución

En Cuenca, a catorce de octubre del año dos mil quince, a las once horas; se constituye el Juzgado G de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y la Adolescencia de Cuenca, integrado por el señor Juez Dr. Pablo Almeida Toral y el señor Secretario Abg. Paúl Marquez, en el proceso por Alimentos signado con el número 7284-15, con el fin de efectuar la Audiencia Única señalada para este día y hora. Por Secretaría se constata la presencia de la parte actora señora ROSA MARLENE MOCHA QUINDE C.C. 010651349-2 acompañada de su defensora Dra. Ana Tosi y por otra parte la Dra. Marlene Guamán, presentando ratificación de la parte demandada señor SEGUNDO ROBERTO MATUTE RAMON. Al efecto habiendo transcurrido los diez minutos legales de espera, se declara iniciada la diligencia y el Juzgado insinúa a las partes que lleguen a un acuerdo que ponga fin

al litigio y manifiestan que lo hacen en los siguientes términos: que el alimentante señor SEGUNDO ROBERTO MATUTE RAMON cancelará a favor de sus hijas SHIRLEY TATIANA y EMELY RASHEL MATUTE MOCHA como pensión alimenticia mensual el valor de OCHENTA DOLARES MENSUALES , MAS LOS ADICIONALES DE LEY, para cada una de las prenombradas, a partir del mes de agosto del año 2015, fecha de presentación de la demanda, valores que serán depositados dentro de los cinco primeros días de cada mes y por adelantado, en la cuenta que la Pagaduría de esta Judicatura mantiene a nombre de la actora, en la Institución Bancaria correspondiente. los comparecientes fijan un régimen de visitas abierto, previa llamada telefónica del padre a la madre de las niñas. El Juzgado encontrando el acuerdo que antecede licito y legal RESUELVE aprobar el mismo en todos sus términos.- la se deja sin efecto la demanda incoada en contra de la obligada subsidiaria señora TRANSITO DE JESUS RAMON CHABLA. Notifíquese a la señora Pagadora para qué tome nota en la tarjeta respectiva. Concluye la audiencia quedando los presentes debidamente notificados con la resolución, firmando el señor Juez, los Comparecientes y el señor Secretario que certifica.-

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	

Discrecionalidad Abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X
--	--	---

Observación: Se emite resolución en la que se deja sin efecto la demanda incoada en contra de la obligada subsidiaria señora TRANSITO DE JESUS RAMON CHABLA.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 9049-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “G” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Alicia Noemí Toledo Pacheco

5. Obligado Principal: Cesar Figueroa Rivera

6. Obligados Subsidiarios: Miguel Figueroa Figueroa

7. Hechos relevantes

a. El día 02 de marzo de 2010 Alicia Noemí Toledo Pacheco presentó una demanda de alimentos en contra de Cesar Figueroa Rivera y su padre Miguel Figueroa Figueroa.

b. Miguel Figueroa Figueroa presenta un escrito en el que sostiene que su hijo ha cancelado mes a mes sus obligaciones, razón por la cual, se le está ocasionando un grave perjuicio al fijarle a él, el pago de una pensión puesto que su hijo ha pagado todos los valores a cabalidad.

8. Descripción breve de la resolución

En su parte principal el juez resuelve llegar al siguiente acuerdo: que debido a que el señor Cesar Figueroa Rivera se encuentra en EEUU quien se encuentra sin trabajo en los actuales momentos, la señora María Figueroa Riera en representación de su hermano pasara como pensión de los hijos de aquel y sobrinos suyos. David y Jennifer Figueroa Toledo, la suma de ciento veinte y cinco dólares por cada uno de ellos, misma que se tendrá que depositar en el banco de Guayaquil, se hace constar que la madre ha recibido del demandado dinero que se hace constar como concepto de los pagos de los meses de junio y julio.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	Acuerdo Voluntario	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad Abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: El obligado subsidiario era una persona mayor de edad con discapacidad, misma que no debía pasar alimentos en virtud de que su hijo si estaba pasando pensiones, solo que no era un monto fijo razón por la cual se demandó la fijación de una pensión.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 9083-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “G” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Roberto Encalada Seateros y Mercedes Campoverde Padilla

5. Obligado Principal: Jose Benavides Tenesaca

6. Obligados Subsidiarios:

7. Hechos relevantes

a. El día 09 de marzo del 2007 Roberto Encalada Seateros y Mercedes Campoverde Padilla demandaron a su hija María Encalada Campoverde, la suspensión de la patria potestad de sus hijos, Mauricio y Marcelo Encalada Campoverde misma que se aceptó quedando como tutores sus abuelos.

b. Roberto Encalada Seateros y Mercedes Campoverde Padilla, demandaron a José Benavides Tenesaca la paternidad y la fijación de alimentos para sus nietos Mauricio y Marcelo Encalada Campoverde. Se acepta a trámite, se declara la paternidad, y se fija como pensión la cantidad de 150 dólares

c. El 7 de mayo del 2011 se emite la resolución de rebaja de pensión alimenticia propuesta por José Benavides Tenesaca.

8. Descripción breve de la resolución

Se resuelve declarar con lugar el incidente de rebaja de pensión alimenticia, por lo que el señor José Benavides Tenesaca, pasara como pensión alimenticia, para su hijo MARCELO BENAVIDES CAMPOVERDE, la suma de cincuenta dólares mensuales más las pensiones adicionales que le correspondan, y que las depositara los primeros 5 días de cada mes en el banco de Guayaquil.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Este caso los demandantes eran abuelos del menor, por lo que requerían que se fije una pensión a su padre, misma que fue aceptada y posteriormente sometida a rebaja por haber cambiado la situación económica del padre

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 7885-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “G” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Evelyn Fernanda Camposano Campoverde

5. Obligado Principal: Andres Mogrovejo Quezada

6. Obligados Subsidiarios: Magno Vicente Mogrovejo Rodríguez

7. Hechos relevantes

a. Evelyn Fernanda Camposano Campoverde presentó una demanda de alimentos en contra de Andrés Mogrovejo Quezada y su padre Magno Vicente Mogrovejo Rodríguez.

c. El 5 de mayo del 2015 se emite la resolución.

8. Descripción breve de la resolución

La Señora Jueza insinúa a las partes que lleguen a un avenimiento, las cuales aceptando la sugerencia llegan al siguiente acuerdo: que el accionado ALEXANDER ANDRÉS MOGROVEJO QUEZADA pasará a favor de su hijo JUAN SEBASTIÁN MOGROVEJO CAMPOSANO, la pensión alimenticia mensual de CIEN DÓLARES, a partir del mes de MAYO DEL DOS MIL ONCE, fecha de presentación de la demanda. Pensiones que se depositarán en la cuenta que mantiene la Pagaduría de este Juzgado en el Banco de Guayaquil, dentro de los cinco primeros días de cada mes y por adelantado. Respecto de la diferencia entre la pensión provisional y la que se fija en esta diligencia, solicitan que se remita el proceso a Pagaduría a fin de que se practique la liquidación respectiva, para que una vez que se ponga en conocimiento de las partes, el alimentante pague el valor total dentro de los quince días siguientes. Se deja constancia que esta juzgadora no

se pronuncia respecto de la paternidad por cuanto a fojas 11 de los autos, consta la partida de nacimiento en la que aparece que el niño Juan Sebastián Mogrovejo Camposano ha sido reconocido por su padre. Por ser legal y procedente el acuerdo al que han llegado, la suscrita Jueza RESUELVE, aprobarlo en todas y cada una de sus partes, por lo que no se fija pensión alimenticia que deba pagar el obligado subsidiario Vicente Magno Mogrovejo.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Este Caso en lo posterior se apela, dado que pese a existir un garante para el cumplimiento de la obligación demostrando el abuelo del menor ser solvente para que se tenga como garantía sus bienes, y se levante la medida cautelar de salida del país para que el padre del menor pueda trabajar, y así proveer la pensión, es negada por la jueza, sin embargo es necesario aclarar que es la madre quien pide que se levante o cese la medida, varias veces.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 8206-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “G” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: María Cecilia Ortega Mendoza

5. Obligado Principal: Félix Mauro Llivicura Rodríguez

6. Obligados Subsidiarios: Rosa Gerardina Rodríguez Piña

7. Hechos relevantes

a. El 10 de enero del 2010 María Cecilia Ortega Mendoza presentó una demanda de alimentos en contra de Félix Mauro Llivicura Rodríguez y su madre Rosa Gerardina Rodríguez Piña.

b. 11 febrero de 2010 las 08h13 se emite la resolución.

8. Descripción breve de la resolución

Agréguese a los autos el escrito presentado por las partes en forma conjunta, del que consta que han reconocido la firma y rúbrica y en el que llegan a un acuerdo sobre lo que ha sido materia de la demanda. Por lo tanto, el suscrito Juez II de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca, por ser el acuerdo lícito y legal, RESUELVE, aprobarlo en todas sus partes. La Sra. Rosa Gerardina Rodríguez Piña, pasará por concepto de pensión alimenticia para sus nietos Eddison Mauricio, Leandro Fabricio y Erick Gabriel Llivicura Ortega, la suma de cincuenta y cinco dólares mensuales para cada uno, más las pensiones adicionales que por ley corresponde y que depositará en la cuenta de pensiones alimenticias del banco de Guayaquil a cargo de la pagaduría de este Juzgado, dentro de los cinco primeros

días de cada mes y por adelantado, a partir de mayo del 2009. Notifíquese a la Sra. pagadora, para que tome nota en la tarjeta respectiva. Por lo expuesto, queda sin efecto al convocatoria a la audiencia de prueba. Notifíquese.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario	X	
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Se llegó a un acuerdo en el que la abuela de los menores se compromete a pasar la pensión de alimentos de forma voluntaria.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 8345-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado "G" De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Teresa de Jesús Lojano Paltansaca

5. Obligado Principal: Luis Olmedo Ayaguari Yungasaca

6. Obligados Subsidiarios: Luis Justo Ayaguari

7. Hechos relevantes

a. Teresa de Jesús Lojano Paltansaca presentó una demanda de alimentos y paternidad en contra de Luis Olmedo Ayaguari Yungasaca y su padre Luis Justo Ayaguari.

b. El 7 de agosto del 2012 se emite la resolución.

8. Descripción breve de la resolución

Al analizar la totalidad de la prueba en especial las fs. 1, 2, 21 de los autos en las cuales se demuestra la existencia de los niños Anahí Estefanía Lojano Paltansaca y Luis Andrés Lojano Paltansaca y en la fs. 21 respectivamente la constancia de no haber asistido el señor Luis Olmedo Uyaguari Yungasaca para el análisis del ADN pese a haber sido citado como consta fs. 16 de los autos con la presente demanda por lo que sin más análisis; "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA": declaro con lugar la demanda por lo que el señor LUIS OLMEDO UYAGUARI YUNGASACA; es el padre de los niños LUIS ANDRÉS LOJANO PALTANSACA y ANAHÍ ESTEFANÍA LOJANO PALTANSACA de nacionalidad Ecuatoriano, con Cédula de identidad 0104059639, una vez ejecutoriada la sentencia se la marginará en las

partidas de nacimiento de los menores en mención con la paternidad de LUIS OLMEDO UYAGUARI YUNGASACA; partidas de nacimiento las cuales han sido debidamente inscritas en la Jefatura Provincial del Registro Civil Identificación y Cedulación del Azuay correspondiente al año 2010, tomo 2-E, página 274, Acta 674 de la niña Anahí Estefanía Lozano Paltansaca y en la Jefatura Provincial del Registro Civil Identificación y Cedulación del Azuay correspondiente al año 2011, tomo 1-C, página 384, Acta 384 del niño Luis Andrés Lozano Paltansaca; una vez ejecutoriada la presente Sentencia confiérase las copias a menester par su correspondiente marginación, se RESUELVE: Que el señor LUIS OLMEDO UYAGUARI YUNGASACA, como progenitor de los niños cancele el monto de pensión alimenticia de CIENTO VEINTE Y DOS DÓLARES para sus dos hijos; a partir de la fecha de presentación de la demanda, pagos que los deberá realizar dentro de los cinco primeros días de cada mes y por adelantado en la cuenta de pensiones alimenticias en el Banco de Guayaquil a cargo de la Pagaduría de este Juzgado

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés		X

Superior del Niño		
-------------------	--	--

Observación: No se presentaron a juicio ni el padre, ni el abuelo de los menores, razón por la que no fue necesaria la fijación de alimentos al subsidiario ya que se fijó pensión al padre.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

- 1. Número del expediente:** 07234-15
- 2. Juzgado de procedencia:** Juzgado “G” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia
- 3. Tipo de proceso:** Fijación de Alimentos
- 4. Accionante:** Estefanía Vélez Campoverde
- 5. Obligado Principal:** Andrés de la Cruz Gonzales
- 6. Obligados Subsidiarios:** José de la Cruz Guamán
- 7. Hechos relevantes**
 - a. El día 6 de abril de 2014 Estefanía Vélez Campoverde, presenta una demanda de alimentos en contra Andrés de la Cruz Gonzales y su padre José de la Cruz Guamán
 - b. El 8 de agosto del 2015 se emite la resolución
- 8. Descripción breve de la resolución**

En razón de que Andrés de la Cruz Gonzales no cubre con las obligaciones y las necesidades básicas como la alimentación, vestuario, medicina, etc. para el menor. Se fija una pensión alimenticia provincial acorde a la tabla de pensiones vigente, el demandado además ha sido legalmente citado. El resultado de ADN determina que el demandado es padre del titular del derecho. Las partes además, no han concurrido a la Audiencia Única.

Con los antecedentes expuestos se resuelve que “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”,

se declara la paternidad del SR. Andrés de la Cruz Gonzales con respecto de la Niña Sofía Camila Vélez Campoverde, quien en adelante llevara los nombres de Sofía Camila de la Cruz Vélez, se establece además la pensión alimenticia de NOVENTA Y DOS DOLARES CON CINCUENTA CENTAVOS, desde la presentación de la demanda, mismos que serán pagados por mesadas adelantadas dentro de los primeros cinco días de cada mes.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: En el presente caso se fijó una pensión de alimentos al padre de la menor sin que sea necesario llegar a demandar al subsidiario.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

- 1. Número del expediente:** 0082-15
- 2. Juzgado de procedencia:** Juzgado “K” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia
- 3. Tipo de proceso:** Fijación de Alimentos
- 4. Accionante:** María Fruituosa Chillogalli Morocho
- 5. Obligado Principal:** Ángel Rodrigo Morocho Morocho
- 6. Obligados Subsidiarios:** Carlos Antonio Morocho Duchitanga y María Rosa Evangelina Morocho Pelaes
- 7. Hechos relevantes**

a. Cuenca, 18 de Febrero de 2010. Las 14h40 VISTOS: Por clara y completa la demanda propuesta por María Fruituosa Chillogalli Morocho en contra de Ángel Rodrigo Morocho Morocho como obligado principal y Carlos Antonio Morocho Duchitanga y María Rosa Evangelina Morocho Pelaes, obligados subsidiarios, se acepta para su trámite. Cítese al demandado Ángel Rodrigo Morocho por la prensa, y en uno de los diarios que se editan en esta ciudad, con sujeción a lo ordenado en el Art. 82 del C. de P. Civil, y por cuanto la actora afirma con juramento la imposibilidad de poder determinar su domicilio y residencia; y a Carlos Morocho y María Rosa Morocho mediante comisión al Señor Teniente Político de la Parroquia Ludo del Cantón Sigsig, concediéndole el término de cinco días; o, a través de Notario Público o por boleta única entregada personalmente con el apoyo de un miembro de la fuerza pública, que deberán sentar la razón respectiva, bajo prevenciones que de no comparecer se procederá en rebeldía, para lo cual la interesada dará las facilidades necesarias. Una vez citado, de conformidad con los artículos innumerados 9, 34, 37 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se convocará a la audiencia única.

b. El 30 de abril del 2010 se emite la resolución

8. Descripción breve de la resolución

De conformidad con las pruebas aportadas, respecto de la paternidad, consta a fojas 1 la partida de nacimiento de la niña Nely Mercedes Chillogalli Morocho, de la prueba testimonial actuada por la parte actora se ha establecido que entre la actora y el demandado principal hubieron relaciones de enamoramiento y que por el informe presentado de la Dra. Nora Ugalde a fojas 34 de los autos en el día y hora señalados para el examen de ADN no ha comparecido el demandado principal por lo que en aplicación del innumeral 10 del Código de la Niñez y Adolescencia, se presume su paternidad, por lo tanto este Juzgado ADMINISTRADO JUSTICIA. EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara la paternidad del señor Angel Rodrigo Morocho Morocho, ecuatoriano, mayor de edad, en relación a la niña Nelly Mercedes Chillogalli Morocho, debiendo marginarse en la partida de nacimiento de la parroquia Ludo del Cantón Sigsig correspondiente al año 2003, tomo 1, página 44, acta 44, diligencia que se deprecia al señor Juez de lo Civil del Cantón Sigsig a quien se le ofrece reciprocidad de servicios en casos análogos una vez ejecutoriada esta sentencia se entregará despacho suficiente, en cuanto al pago de pensión alimenticia, por cuanto de la prueba testimonial se establece que el obligado principal trabaja en la construcción en los EEUU de América determinando sus ingresos en al menos mil quinientos dólares mensuales, respecto de los obligados subsidiarios, las pruebas practicadas determinan que son personas activas económicamente, con los certificados de los Respectivos Registros de la Propiedad se prueba que tienen bienes inmuebles, respecto de Carlos Morocho Duchitanga que ejerce la actividad agrícola y que su esposa presenta discapacidad física conforme se ha probado, a su vez respecto de doña Laura Sarbelia Morocho Morocho con los certificados N. 1511 y 1512 del Registro de la Propiedad se ha probado los activos de los que dispone, las actividades a las que se dedica a sido sustentadas por la prueba testimonial, por lo que en base a estas consideraciones, el Juzgado RESUELVE así: el obligado principal señor Ángel Rodrigo Morocho Morocho pagará como pensión definitiva la suma mensual de cien dólares y cada uno de los obligados subsidiarios, Carlos Morocho Duchitanga y Laura Sarbelia Morocho pagarán la suma de sesenta dólares en forma mensual, dineros que deberán pagar los demandados más los

beneficios de ley y dentro de los cinco primeros días de cada mes a partir del mes de febrero del presente año, se notificará a la señora pagadora de los juzgados a fin de que tome nota de la resolución en la tarjeta respectiva.

9. Apelación

Los obligados subsidiarios apelan la resolución, puesto que pese a que el obligado principal cumple con su obligación aun viviendo en EEUU, el juez de primea instancia fija de igual forma una pensión a ambos obligados subsidiarios situación que el Art. Innumerado 5 de la Ley Reformatoria al Código de Niñez y la Adolescencia establece que el orden de las personas obligadas a presentar alimentos, determinado solamente en el caso de, AUSENCIA, IMPEDIMENTO, INSUFICIENCIA DE RECURSOS, O DISCAPACIDAD DE LOS OBLIGADOS PRINCIPALES, debidamente comprobado por quien lo alega, se ordenara que la fijación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los obligados subsidiarios, situación que en este caso no se comprobó porque no existe ninguna de esas características para que se fije pensión a subsidiarios.

10. Análisis de los elementos objeto de estudio:

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario	X	
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia		X
Uso de argumentación jurídica		X
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés	X	

Superior del Niño		
-------------------	--	--

Observación: No se ha justificado porque se han sido fijadas las pensiones a las 3 personas en el presente caso, cabe además que no se ha respetado el orden de prelación, pues si el abuelo cumple con el pago no es necesario que se le imponga a la tía también, situación que perjudica a los subsidiarios, y se evidencia que ha existido discrecionalidad abusiva en un afán protector del interés superior del menor.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 778-15

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “I” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Lorena Alexandra Nieves Vázquez

5. Obligado Principal: Jorge Esteban León Gómez

6. Obligados Subsidiarios: Dolores del Roció Gómez Tapia

7. Hechos relevantes

a. Lorena Alexandra Nieves Vázquez presentó una demanda de alimentos y paternidad en contra de Jorge Esteban León Gómez y su madre Dolores del Roció Gómez Tapia.

b. 25 de mayo 2015 se emite la resolución

8. Descripción breve de la resolución

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, declara la paternidad del ciudadano JORGE ESTEBAN LEON GOMEZ con CC. 010576887-3, de nacionalidad ecuatoriana, domiciliado en la ciudad de Cuenca, Provincia del Azuay, respecto del niña JOCELYN VIANCA NIEVES VAZQUEZ, nacida en la parroquia Monay, del cantón Cuenca, Provincia del Azuay, el día 12 de noviembre del año 2014, inscrita en el libro de registro correspondiente al año 2014, tomo 379 –OT, pagina 40, acta 40, con CC. 015128947-7, quien en adelante llevará los nombres y apellidos de JOCELYN VIANCA LEON NIEVES. Con relación al acuerdo llegado por las partes la suscrita Juez RESUELVE aprobar el acuerdo en su integridad. El señor

JORGE ESTEBAN LEON GOMEZ cancelará la suma de SESENTA Y SIETE DOLARES por pensión alimenticia desde el mes de JUNIO del año 2015, más los beneficios de ley dentro de los primeros cinco días de cada mes y por adelantado en la cuenta que mantiene Pagaduría en el Banco de Guayaquil, teniendo en cuenta el abono realizado y la forma de pago de las pensiones impagas. Notifíquese a pagaduría para los fines pertinentes. Ejecutoriada que sea esta sentencia, remítase las copias pertinentes a fin de que el señor Director del Registro Civil de esta ciudad proceda a la marginación respectiva. Se declara concluida la diligencia quedando las partes legalmente notificadas con esta sentencia, firmando para constancia en junta de la señora Juez y la Secretaria que certifica.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	Acuerdo Voluntari o	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Se llegó a un acuerdo razón por la que no es necesario imponer una pensión de alimentos a subsidiaria.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 596-15

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “I” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Verónica Ester Salas Jaramillo

5. Obligado Principal: Jonathan José Calle Arriola

6. Obligados Subsidiarios: José Antonio Calle Calle

7. Hechos relevantes

a. Verónica Ester Salas Jaramillo presenta una demanda de alimentos en contra de: Jonathan José Calle Arriola y su padre José Antonio Calle Calle

b. 596-15 Cuenca, 05 de febrero del 2015; las 15h00.- VISTOS.- Una vez que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en providencia inicial, a la demanda de Fijación de PENSIONES ALIMENTICIAS propuesta por Verónica Esther Salas Jaramillo en contra JONNATHAN JOSE CALLE ARRIOLA en calidad de obligado principal y JOSE ANTONIO CALLE CALLE en calidad de obligado subsidiario, por clara y completa se acepta a trámite especial. Cítese a los demandados a través de la Oficina de citaciones, se les prevendrá a los citados de su obligación de comparecer a juicio, designar defensor y señalar casillero para recibir notificaciones, bajo prevenciones que de no comparecer se procederá en rebeldía. De conformidad con la disposición del Art. Innumerado 35, de la Ley reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se fija en la suma de NOVENTA Y SIETE DOLARES, la pensión provisional que el demandado principal JONNATHAN JOSE CALLE ARRIOLA deberá sufragar a favor su hijo Jonathan Gibran Calle Salas pensión que debe depositar el demandado, más los subsidios y beneficios adicionales, dentro de los cinco primeros días de cada mes y por adelantado, en la cuenta de pensiones alimenticias del Banco de Guayaquil a

cargo de la Pagaduría de este Juzgado, a partir del mes de ENERO del año dos mil quince, fecha de presentación de la demanda

8. Descripción breve de la resolución

En trámite

9. Análisis de los elementos objeto de estudio:

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a subsidiario		
Uso de la ponderación		
Uso de la motivación de sentencia		
Uso de argumentación jurídica		
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		

Observación: La fijación de alimentos se encuentra en trámite, no se ha dado una resolución.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 19490-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “K” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Cecilia Mercedes Carpio Carpio

5. Obligado Principal: Ricardo Leopoldo Galindo Rodríguez

6. Obligados Subsidiarios: Leopoldo Galindo Prieto

7. Hechos relevantes

a. 11 Cuenca, 25 de abril de 2011 se avoca conocimiento de la demanda de alimentos que presenta CECILIA MERCEDES CARPIO CARPIO, en contra de RICARDO LEOPOLDO GALINDO RODRÍGUEZ, y subsidiariamente a LEOPOLDO GALINDO PRIETO en conformidad con el Art. innumerado 35 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

b. 10 de junio del 2011 se emite la resolución

8. Descripción breve de la resolución

De conformidad con las pruebas aportadas debiendo considerarse que la actora ha justificado documentadamente los gastos de los niños, en medicina, alimentos, controles médicos, honorarios para el médico que atendido a los gemelos, un mecanizado emitido por el IESS en el que consta los sueldos mensuales de los obligados, el testigo del propio demandado a respondido que efectivamente el obligado subsidiario es el presidente de Consorcio Andino S.A. el cual se corrobora con los mecanizados, por otro lado el demandado principal ha presentado la prueba documental en el que consta que tiene dos cargas familiares, que no padece de ninguna enfermedad que únicamente percibe la cantidad de cuatrocientos cincuenta dólares, pero que también le remuneran por horas extras sin

precisar la cantidad exacta de las mismas, sin embargo en el mecanizado emitido del IESS consta a fojas 10 de autos, el sueldo es de 700 dólares, efectivamente aplicando la tabla conforme a derecho, y al dividir para los cuatro hijos no le alcanzaría para poder solventar para los gastos en medicina, recetas médicas, ya que los niños son prematuros y necesitan de cuidados propios para su crianza, por lo que se aplica la deposición del Art. innumerado 5 de la Ley Reformativa en su parte principal “...insuficiencia de recursos, en este caso debidamente comprobado por cuanto el obligado subsidiario tiene la capacidad económica para solventar y completar la pensión para sus dos nietos...observado que su remuneración es superior al del requerido principal.”. Del análisis de las pruebas se desprende que efectivamente el obligado principal pagará su parte y el subsidiario completará lo que corresponde por cuanto además no ha desvirtuado lo dicho por la actora, sin justificar siquiera que tenga otras cargas familiares, ya que con la pensión fijada se engloba para poder apoyar por lo menos en lo que respecta al tratamiento de los niños, quienes quedarán delicados de salud y al no recibir tratamiento efectivo que merecen se podría complicar su situación. La suscrita al ser garantista del debido proceso y los derechos humanos, de las pruebas evacuadas, velando por el interés superior de los niños quienes merecen una vida digna, salud, alimentación nutritiva, recreación, medicamentos, una educación de calidad en el futuro, fija una pensión justa y equitativa que igual derecho tienen todos los niños. La obligación que es compartida por los padres, quien deben actuar con responsabilidad, la suscrita facultada por disposiciones legales, de conformidad con el Art. innumerado 37 del Código de la Materia.

RESUELVE, declarar con lugar la demanda, fijando como pensión definitiva, la suma de 70 dólares para cada uno de sus hijos más los beneficios de ley a favor de Justo Mateo y Justo Enrique Galindo Carpio, alimentos que el señor Ricardo Leopoldo Galindo Rodríguez, y el señor Leopoldo Galindo Prieto pagará la cantidad de 100 para cada una de sus nietos, deberán pagar por adelanto dentro de los primeros cinco días de cada mes a partir de abril del 2011, fecha de presentación de la demanda, de conformidad con las reformas al Código de la

Niñez y Adolescencia. Con la presente resolución hágase conocer a la señora pagadora

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario	X	
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia		X
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño	X	

Observación: En el presente caso, se fija pensión de alimentos tanto a obligado principal como a subsidiario, la razón es que el juez califica de “insuficientes” los ingresos del obligado principal para cubrir la pensión, y por ello el subsidiario tiene que complementar dicha pensión. Cabe en este caso preguntarse si realmente los 700 dólares que demostró ganar el obligado principal se pueden considerar irrisorios, y bajo que conceptos, situación que al no estar conformes los demandado apelarán de la resolución emitida en primera instancia.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 6271-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “K” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Diana Ximena Toapanta Guanoquiza

5. Obligado Principal: Luis Felipe Lita Cabrera

6. Obligados Subsidiarios: Blanca del Roció Cabrera Cabrera

7. Hechos relevantes

a. Diana Ximena Toapanta Guanoquiza presentó una demanda de alimentos en contra de Luis Felipe Lita Cabrera y su madre Blanca del Roció Cabrera Cabrera.

b. 2 de abril del 2012. Las 11H31 VISTOS: Por legal y procedente se resuelve APROBAR en todas sus partes el acuerdo celebrado entre LUIS FELIPE LITA CABRERA Y DIANA XIMENA TOPAPANTA GUANOQUIZA, celebrado ante Notario Público, con el cual el alimentante se compromete a cancelar la cantidad de \$ 120,00 a favor de sus dos hijas JHESLY JHAMILETH LITA TOAPANTA Y ROUSMERY ANABEL LITA TOAPANTA, a partir del mes de marzo del 2012 , más las pensiones adicionales señaladas por ley, los mismos que serán depositados durante los primeros cinco días de cada mes y por adelantado en la cuenta de pensiones alimenticias del Banco de Guayaquil. Notifíquese a la señora Pagadora de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia.

8. Descripción breve de la resolución

Llegan a un acuerdo

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	Acuerdo Voluntario	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Se llegó a un acuerdo en el presente caso

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 17511-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “L” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Mónica Priscila Muñoz Criollo

5. Obligado Principal: Mario Augusto Valverde Fajardo

6. Obligados Subsidiarios: Transito Cecilia Cárdenas Fajardo

7. Hechos relevantes

a. Mónica Priscila Muñoz Criollo presentó una demanda de alimentos en contra de Mario Augusto Valverde Fajardo y Transito Cecilia Cárdenas Fajardo.

b. JUICIO N ° 052-12 Cuenca, a 31 de enero de 2012, las 08h19 VISTOS: se avoca conocimiento de la presente causa, por sorteo. La actora en el término de tres días bajo prevenciones de archivo, establezca la relación filial entre la obligada subsidiaria y el niño por quien se reclama alimentos. Presente copia certificada de la resolución dictada dentro del proceso en que se ha fijado pensión de alimentos para el niño por parte de su padre, conforme hace alusión en el formulario. Actúe la Dra. Ana Cornejo Secretaria Temporal. Notifíquese.

8. Descripción breve de la resolución

Por no haber dado cumplimiento a lo dispuesto dentro del término concedido, el juez se abstiene de tramitar la presente causa, ordenándose su archivo.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		
Uso de la ponderación		
Uso de la motivación de sentencia		
Uso de argumentación jurídica		
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		

Observación: Puesto que no se ha justificado la relación de parentesco para demandar a la subsidiaria, el juez archiva la causa

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 15924-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “L” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: María Rosa Yupangui Duchi

5. Obligado Principal: Isidoro Quizhpi Angamarca

6. Obligados Subsidiarios: María Zoila Angamarca Cazho

7. Hechos relevantes

a. María Rosa Yupangui Duchi presentó una demanda de alimentos en contra de Isidoro Quizhpi Angamarca y sus padres María Zoila Angamarca Cazho.

b. el 18 de febrero del 2013 se emite la resolución.

8. Descripción breve de la resolución

La actora ha presentado de fojas 1 de los autos, la partida de nacimiento de su hijo, del que se desprende que la actora es la madre y que la persona a quien demanda, es el padre Isidoro Quizhpi Angamarca; documento con el que se corrobora la relación parento filial requerida en el Art. innumerado 5 de la Ley Reformatoria al Título V, del Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, para la procedencia del derecho; existiendo por tanto legitimación activa y pasiva. A la Audiencia Unica comparece únicamente la parte actora, quien se ratifica en los fundamentos de la demanda, acusa la rebeldía del demandado, presenta facturas de gastos de subsistencia, con el testimonio de la señora Zoila Carchi Carchi se conoce que el demandado reside en los EEUU; sin embargo no se justifica su capacidad económica como tampoco de la demandada subsidiaria; con las preguntas de la confesión ficta del demandado, se ha indicado que el demandado ha realizado dos giros. Y al haberse demostrado la relación parento filial, el padre es el titular de la

obligación alimentaria, respecto de su hijo, cuyo derecho es Superior por disposición del Art. 44 de la Constitución de la República, Por estas consideraciones y con fundamento en el Interés Superior del niño, la suscrita, RESUELVE: aceptar la demanda propuesta por MARIA ROSA YUPANGUI DUCHI, y fijar como pensión definitiva a favor del niño RICHARD MAURICIO QUIZHPI YUPANGUI, la suma de CIENTO VEINTE DOLARES mensuales, valor que deberá sufragar ISIDORO QUIZHPI ANGAMARCA, mediante depósito en la cuenta del Banco de Guayaquil a cargo de la Pagaduría de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, por adelantado y dentro los cinco primeros días de cada mes, a partir del mes de SEPTIEMBRE del año dos mil doce, fecha de presentación de la demanda, en la cuenta que para el efecto tiene aperturada la actora. A más de la suma fijada como pensión definitiva, el alimentante pagará los subsidios y otros beneficios legales, de conformidad con el Art. innumerado 16 del Título V, Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia. Se declara sin lugar la demanda en contra de la subsidiaria

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés		X

Superior del Niño		
-------------------	--	--

Observación: El juez justifica que la pensión impuesta al obligado principal es suficiente para satisfacer las necesidades básicas del menor, razón por la cual y como es obvio pensar, no es necesaria la fijación de alimentos a la subsidiaria.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 9070-14

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “M” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Katherine Paola Guzmán Quezada

5. Obligado Principal: Jorge Ortiz Bravo

6. Obligados Subsidiarios: Rosa Ortiz Ponce

7. Hechos relevantes

a. Katherine Paola Guzmán Quezada presentó una demanda de alimentos en contra de Jorge Ortiz Bravo y Rosa Ortiz Ponce.

b. el 28 de septiembre del 2015 emite una resolución.

8. Descripción breve de la resolución

La autocomposición expresada por las partes no se aparta de la finalidad que tienen otros medios alternativos de solución de conflictos consagrados en el artículo 190 de la Constitución de la República, ni atenta contra disposición alguna del Código de la Niñez y Adolescencia. Por lo expuesto, garantizando el Principio del Interés Superior consagrado en el artículo 3 numeral 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, ratificado en el artículo 44 de la Constitución de la República, Principio que de conformidad con el artículo 11 del Código de la Niñez impone a las autoridades judiciales el deber de ajustar sus decisiones y actuaciones para garantizar y satisfacer el ejercicio conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, este Juzgado de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Cuenca, RESUELVE: aprobar el acuerdo por el que la accionada señora Rosa Victoria Ortiz Ponce, del valor fijado por pensión alimenticia al obligado principal asume el pago de la suma de Ciento Veinte y Cinco 00/100

Dólares (\$ 125,00 dólares) mensuales, a partir del mes de octubre de 2015, más los beneficios de ley, y, considerando que a la presente fecha el valor adeudado por el obligado principal asciende a \$ 1200,00, así lo acepta la accionante, esta deuda será pagada por la compareciente demandada hasta el día 30 de septiembre de 2015, con lo que queda cancelado los valores adeudados a la presente fecha, valores que será depositados en la cuenta asignada por pagaduría. Concluye la diligencia. Suscriben.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario	X	
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	Acuerdo Voluntari o	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Se resuelve el confito mediante acuerdo amistoso.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 5104-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “M” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: María Beatriz Zumba Aucapiña

5. Obligado Principal: Diego Valdez Siavichay

6. Obligados Subsidiarios: Luis Humberto Valdez y Olga Siavichay López

7. Hechos relevantes

a. María Beatriz Zumba Aucapiña presentó una demanda de alimentos en contra de Diego Valdez Siavichay y sus padres Luis Humberto Valdez y Olga Siavichay López.

b. El 26 de enero del 2010 se emite la resolución.

c. Teniendo en cuenta los tres hijos menores de edad que tiene el demandado, el ejercicio progresivo de sus derechos y que David Isaac tiene necesidades especiales que no la tienen sus otros dos medios hermanos, el suscrito Juez Segundo de la Niñez y la Adolescencia del Cantón Cuenca, RESUELVE: fijar como pensión alimenticia que pasará Diego Fernando Valdez Siavichay para su hijo David Isaac Valdez Zumba, en la suma de CIENTO TREINTA DOLARES MENSUALES, más las pensiones adicionales que por ley corresponden y que depositará en la pagaduría de este Juzgado los cinco primeros días de cada mes y por adelantado a partir del mes de junio del 2008, fecha de presentación de la demanda. Notifíquese a la señora pagadora para que tome nota en la tarjeta respectiva. Las partes quedan legalmente notificadas con la presente resolución y se lo hará también por escrito en las casillas de sus defensores autorizados. La grabación de esta audiencia se judicializa y se incorporará. Se concluye la presente

diligencia. En este estado el defensor del demandado pide que se notifique en el casillero 858, lo que se tendrá en cuenta por secretaría

d. La demandante no conforme con la fijación de alimentos, apela la resolución para que se fije pensión a los obligados subsidiarios.

e. El 30 de septiembre La Corte Provincial emite la resolución sobre este punto

8. Descripción breve de la resolución

Bajo el argumento jurídico de la Corte Nacional, la pretensión de la accionante respecto a los demandados subsidiarios, no prospera en razón de no haberse justificado ausencia, impedimento, ausencia de recursos o discapacidad del alimentante obligado principal. Citemos acepciones jurídicas de términos que nos permiten entender mejor lo que es la obligación subsidiaria: Termino Subsidiario: lo que sirve como subsidio (v) auxilio, socorro. Secundario. Supletorio. Refuerzo o sustitución de lo principal. Acción subsidiaria.- Termino Subsidio: Socorro, ayuda de importancia o en condiciones por demás aflictivas. Cantidad que se entrega con fines benéficos o sociales para subvenir a necesidades y desgracias especiales.- De su parte el Termino Subsidiariamente tiene el carácter de subsidio, de modo supletorio, en segundo lugar, cual último recurso.- El Termino Subsidiaridad también es Índole subsidiario, lo que suple o substituye. Entonces la subsidiaridad implica ayuda, solidaridad, auxilio, de modo supletorio, y por su puesto obligación en la forma señalada por nuestro Código de la Niñez.- En la presente causa no se ha justificado que este auxilio que significa la subsidiaridad requerido por la parte accionante, amerite lo presten los demandados. QUINTO.- El Artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, expresa que la sentencia, en este caso la resolución, es la decisión del Juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio. El Artículo 273 ibídem, establece que la sentencia deberá decidir sobre los puntos en que se trabó la Litis. Conforme lo disponen los artículos 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial los jueces resolverán conforme las pretensiones de las partes y en mérito de las pruebas actuadas. El artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, determina que solo la prueba debidamente actuada esto es

solo aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley hacen fe en juicio. Con los antecedentes expuestos, en cumplimiento de la norma citada, y con sustento en la disposición 27 numerales 1 y 2 de la Convención de los Derechos del Niño que reconoce el derecho de todo niño, adolescente a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, pero que incumbe a los padres la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño; el suscrito Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Cuenca, RESUELVE, declarar sin lugar la pretensión de la señora María Beatriz Zumba Aucapiña en contra de los accionados señor Luis Humberto Valdez Guzhñay y señora Olga del Rocío Siavichay López. Sin costas. Notifíquese

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: En este caso claramente existe la intención de que se fije más dinero a favor del niño, considerando la situación económica de sus abuelos, situación que muy bien es analizada por el juez razón por la que no se da paso a esta pretensión dado que el obligado principal cumple a cabalidad con su obligación.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 06661-15

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “M” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Joseline Andreina Avilés Castillo

5. Obligado Principal: Esteban Fernando Pinos Torres

6. Obligados Subsidiarios: Esteban Fernando Pinos Ochoa

7. Hechos relevantes

a. Joseline Andreina Avilés Castillo presenta una demanda de alimentos en contra de Esteban Fernando Pinos Torres y su padre Esteban Fernando Pinos Ochoa.

b. el 22 de octubre del 2015 emite la resolución.

8. Descripción breve de la resolución

La autocomposición expresada por las partes en el acuerdo no se aleja de la finalidad que tienen los otros mecanismos de solución de conflictos consagrados en el artículo 190 de la Constitución de la Republica, y no atenta contra el derecho del alimentario ni norma alguna del Código de la Niñez y Adolescencia. Por lo expuesto, el suscrito juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Cuenca RESUELVE, aprobar el acuerdo por el que las partes considerando la actual situación del alimentante obligado principal Esteban Fernando Pinos Torres empezará a laborar en este mes de octubre de 2015 con un ingreso de un sueldo básico para el trabajador en general, fijan la pensión alimenticia en la suma de Ciento Veinte Dólares (\$ 120,00) dólares mensuales, más los beneficios de ley, a partir de la presentación de la demanda, en beneficio de la niña Brianna Estefanía Pinos Avilés, con cargo al referido obligado principal quien

continuará depositando en la cuenta asignada en Pagaduría. Se excluye del presente trámite al demandado obligado subsidiario. Remítase el proceso a Pagaduría para que tome nota de esta resolución.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio:

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	Acuerdo Voluntario	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Se resuelve el confito mediante acuerdo amistoso.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 1490-11

2. Juzgado de procedencia: Juzgado Segundo Adjunto De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Lora Rufina Morocho Peñaloza

5. Obligado Principal: Fallecido

6. Obligados Subsidiarios: Rosario Chacho, José Gutama Medina y de la señora Belgica Mercedes Gutama chacho

7. Hechos relevantes

a. LORA RUFINA MOROCHO PEÑALOZA planteó una demanda en contra de ROSARIO CHACHO, JOSE GUTAMA MEDINA Y DE LA SEÑORA BELGICA MERCEDES GUTAMA CHACHO; todos en calidad de obligados subsidiarios, pues de la partida de defunción que se ha incorporado al proceso a fojas cinco se desprende el fallecimiento del obligado principal.

b. el 23 de agosto del 2015 se emite la resolución.

8. Descripción breve de la resolución

La demandada obligada subsidiaria tiene cuatro hijos que alimentar se ha demostrado que se encuentra embarazada así consta a fs. 123 y 124 de los autos así como las partidas que están a fs. 32, 33, 34 y 35 de los autos se ha demostrado igualmente y la Actora lo ha reconocido que para poder atender las necesidades básicas de sus hijos a requerido demandar el derecho que les asiste a sus hijos a su progenitor; se ha demostrado en realidad que su situación económica es precaria que sus ingresos son mínimos y la parte Actora lo ha demostrado con documento alguno que la señora Bélgica Mercedes Gutama Chacho se encuentre en capacidad económica que pueda aportar con pensión que se le pueda fijar y ni que se le pueda

llamar a completar pensión de alimentos a favor de los hijos de la Actora, por lo que esta Autoridad resuelve lo siguiente: No se ha demostrado por parte de la Actora una real capacidad económica de los Obligados subsidiarios, pues si bien de los testimonios que se han rendido en esta audiencia le han dejado ver que el señor tiene propiedades y muele caña de azúcar y tiene sembríos no se ha mencionado valor alguno respecto a sus ingresos. SEXTA: Con el análisis realizado, se declara con lugar la demanda respecto a los obligados Subsidiarios José Trinidad Gutama Medina en calidad de Abuelo paterno y de Rosario Chacho en calidad de abuela paterna a favor de los derecho habientes WILSON GONZALO, ISABEL DE LOS ÁNGELES Y JOSELINE ESTEFANÍA GUTAMA MOROCHO y se señala la pensión de alimentos en base a las tablas mínimas aprobadas por el Consejo de la Niñez y Adolescencia por lo que se RESUELVE fijar a los Obligados Subsidiarios ROSARIO CHACHO y JOSÉ TRINIDAD GUTAMA MEDINA como pensión de alimentos que deben pagar a favor de sus nietos WILSON GONZALO, ISABEL DE LOS ÁNGELES Y JOSELINE ESTEFANÍA GUTAMA MOROCHO la suma total de CIENTO SESENTA DÓLARES mensuales, de los mismos el señor José Trinidad Gutama Medina deberá cancelar la suma de CIEN DÓLARES y la señora Rosario Chacho la suma de SESENTA DÓLARES a partir de la fecha de presentación de esta demanda esto es desde el mes de diciembre del año 2011, suma que deberá depositarse durante los cinco primeros días de cada mes por adelantando en la cuenta debidamente aperturada en el Banco de Guayaquil a cargo de la Pagaduría de esta Judicatura, más las pensiones adicionales señaladas por ley. Se declara sin lugar la demanda presentada en contra de BÉLGICA MERCEDES GUTAMA CHACHO. Respecto al señor Marco Paul Gutama Morocho se le manda a que si se siente asistido por derecho alguno lo haga valer por su propia persona. Póngase en conocimiento de la señora Pagadora a fin de que se proceda registrar en la tarjeta correspondiente conforme se encuentra dispuesto en esta Resolución. Resuelvo además oficiar al Ministerio de Inclusión Económica y Social a fin de que disponga al INFA proceda a dar la ayuda necesaria a través del tratamiento psicológico a la adolescente ISABEL DE LOS ÁNGELES GUTAMA MOROCHO ofíciase en tal en tal sentido. Quedan las partes presentes debidamente notificadas con la resolución, sin que ello obste para que sean notificados en las casillas

señaladas para el efecto. Esta audiencia ha sido debidamente grabada la misma que se incorpora con fines de ley

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario	X	
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: En razón de que se ha justificado plenamente la ausencia del obligado principal, se declara con lugar la demanda a subsidiarios es decir a los abuelos del mejor fijándose la pensión mínima, dejando de lado a la tía de los menores, argumentado el juez su decisión en derecho.

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 0874-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “G” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Jenny Elizabeth Sinchi Vásquez

5. Obligado Principal: Wilson Esteban Pérez Maldonado

6. Obligados Subsidiarios: Wilson Bolívar Pérez Sarmiento

7. Hechos relevantes

a. Se planteó la presente demanda de pensión alimenticia propuesta por JENNY ELIZABETH SINCHI VASQUEZ en contra de WILSON ESTEBAN PEREZ MALDONADO, en calidad de obligado principal y de WILSON BOLÍVAR PÉREZ SARMIENTO; en calidad de obligado subsidiario.

b. En Cuenca, a quince de noviembre del dos mil trece, a las once horas diez minutos, siendo el día y hora legal señalado para que se lleve a efecto la AUDIENCIA ÚNICA que se sigue dentro de este proceso, se constituye el Juzgado “K” de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Cuenca, integrado por la Dra. Tatiana Ochoa Maldonado en calidad de Jueza, y como secretario el Dr. Fausto Vasquez, quien certifica. Al efecto siendo la hora legal, comparece la actora JENNY ELIZABETH SINCHI VASQUEZ acompañada de su abogado defensor Dr. IVAN NAVAS , y por otra parte el Dr. Patricio Bernal procurador del demandado Sr. WILSON ESTEBAN PEREZ MALDONADO . En este estado las partes en forma libre y voluntaria manifiestan que han llegado al siguiente ACUERDO TRANSACCIONAL: PRIMERO: El Sr. WILSON ESTEBAN PEREZ MALDONADO, cancelará la pensión alimenticia de CIENTO TREINTA Y SIETE DOLARES 50/100 para su hijo ALEJANDRO SEBASTIAN PEREZ SINCHI más todos los adicionales de ley, valor que será depositado por este durante los primeros

cinco días de cada mes en la cuenta que mantiene el Juzgado en el Banco de Guayaquil S.A. a partir del mes de JUNIO de 2013 fecha de la presentación de la demanda. SEGUNDO: No se fija régimen de visitas por cuanto el demandado no se encuentra en el país. La suscrita Juez “K” de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y la Adolescencia del Cantón Cuenca, siendo lícito y legal el acuerdo al que han llegado las partes, RESUELVE, aprobarlo en todas y cada una de las mismas. Actora y demandado quedan legalmente notificados con la presente resolución, firmando para constancia los comparecientes con la señora Jueza y Secretario que certifica. Notifíquese a la señora pagadora para que tome nota de lo resuelto en la tarjeta pertinente. Notifíquese

8. Descripción breve de la resolución

Se llega a acuerdo voluntario

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: No es necesario fijar la pensión a subsidiario porque se hizo cargo el obligado principal

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 20060-13

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “E” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: María Eugenia Chillogallo Chimbo

5. Obligado Principal:

6. Obligados Subsidiarios: José Ramón Villa, Marco Rolando Villa Bermeo y Elicia Piedad Villa Villa,

7. Hechos relevantes

a. Se planteó la presente demanda de pensión alimenticia propuesta por María Eugenia Chillogallo Chimbo, en contra de los obligados subsidiarios José Ramón Villa, Marco Rolando Villa Bermeo y Elicia Piedad Villa Villa, abuelos paternos del menor y tía del menor

b. En Cuenca, a veinte y dos mayo de dos mil catorce, a las catorce horas diez minutos, siendo el día y hora legal señalado para que se lleve a efecto la AUDIENCIA ÚNICA dentro de este proceso, se constituye el Juzgado “E” de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca, integrado por el Dr. Felipe Torres Borja Juez Titular y el señor Secretario Abogado Gustavo Corral Jáuregui quien certifica. Al efecto siendo la hora legal, comparece la actora MARIA AUGENIA CHILLOGALLO CHIMBO con su defensora Dra. Alexandra Merchán y por otra parte los demandados subsidiarios señores JOSE RAMON VILLA, MARCO ROLANDO VILLA BERMEO Y ELICIA PIEDAD VILLA VILLA junto con su defensor Abogado Geovanny Bernal Villa, en este estado las partes en forma libre y voluntaria manifiestan que han llegado al siguiente ACUERDO TRANSACCIONAL: a) El obligado subsidiario MARCO ROLANDO VILLA BERMEO C.I. 010144460-2, cancelará la pensiones

alimenticia de SESENTA Y DOS DOLARES CON CINCUENTA CENTAVOS DE DÓLAR MENSUALES como complemento de pago, para cada uno de sus sobrinos LUIS MARIO y MARYLIN ESTEFANIA VILLA CHILLOGALLO más todos los adicionales de ley, en forma independiente de la pensión que debe pasar el padre de los adolescentes, valor que será depositado por este durante los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que mantiene el Juzgado en el Banco de Guayaquil S.A. a partir del mes de FEBRERO de 2014, las partes establecen este valor por cuanto el alimentante es padre de un adolescente y un adulto que se encuentra estudiando, lo cual es corroborado por la actora. b) El obligado subsidiario expone que adeuda todos los valores correspondientes a pensión de alimentos desde la presentación de la demanda hasta este mes por lo que se compromete a cancelar dicho valor en dos cuotas fijas, la primera junto con la pensión de alimentos por junio de 2014 y la segunda junto con la pensión de alimentos por el mes de julio de 2014, lo cual acepta la madre de sus sobrinos. c) Por el acuerdo a que llegan las partes, no se establece pago o complemento de pago de pensión de alimentos para los obligados subsidiarios JOSE RAMON VILLA Y ELICIA PIEDAD VILLA VILLA. El suscrito Juez “E” de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Cuenca, siendo lícito y legal el acuerdo al que han llegado las partes, RESUELVE, aprobarlo en todas y cada una de las mismas. Actora y demandados subsidiarios quedan legalmente notificados con la presente resolución, firmando para constancia los comparecientes con el señor Juez y Secretario que certifica. Notifíquese a la señora pagadora para que tome nota de lo resuelto en la tarjeta pertinente

8. Descripción breve de la resolución

Se llega a acuerdo voluntario

9. Análisis de los elementos objeto de estudio:

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario		X
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	Acuerdo Voluntario	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: No es necesario fijar la pensión a subsidiario porque se hizo cargo el obligado principal

Ficha Técnica de Análisis Judicial-Juicios de Alimentos a Subsidiarios

1. Número del expediente: 726-11

2. Juzgado de procedencia: Juzgado “I” De la Familia Mujer, Mujer, Niñez y Adolescencia

3. Tipo de proceso: Fijación de Alimentos

4. Accionante: Angélica Castro Cabrera

5. Obligado Principal: Luis Felipe Espinoza Manzano

6. Obligados Subsidiarios: María Manzano Zambrano

7. Hechos relevantes

a. Se planteó la presente demanda de pensión alimenticia propuesta por Angélica Castro Cabrera en contra de Luis Felipe Espinoza Manzano y su madre María Manzano Zambrano

b. El 20 de julio de 2011 se emite la resolución

8. Descripción breve de la resolución

RESUELVE: Aceptar la demanda y fijar como pensión alimenticia definitiva en la suma de CIEN dólares mensuales para cada uno de los niños Mateo Sebastián, Angie Tamara y Kathery Pamela Espinosa Castro, que cancelarán en la siguiente proporción: El obligado principal Luis Felipe Espinoza Manzano, cancelará el OCHENTA Y CINCO DÓLARES, y la obligada subsidiaria, QUINCE DÓLARES, más los beneficios de ley y que depositarán por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada mes y a partir del mes de MAYO de 2011, fecha de presentación de la demanda, en aplicación del Art. 8 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en la cuenta de la Pagaduría de este Juzgado. Con la presente resolución hágase conocer a la Señora Pagadora para que registre la pensión fijada. En aplicación de lo establecido en el inciso 4 del Art. innumerado 5 de la ley reformatorio antes indicado, en vista

de que la pensión fijada, en forma proporcional debe ser cancelada por la abuela paterna, esta podrá ejercer la acción de repetición de lo pagado en contra del padre del reclamante, por ser el obligado principal. Cúmplase.

9. Análisis de los elementos objeto de estudio

Elementos objeto de estudio	Sí	No
Fijación de alimentos a obligado subsidiario	X	
Uso de la ponderación		X
Uso de la motivación de sentencia	X	
Uso de argumentación jurídica	X	
Discrecionalidad abusiva por parte del juez por uso de Interés Superior del Niño		X

Observación: Se fija una pensión complementaria a la subsidiaria misma que no es alta y se puede pagar sin problemas.